



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**TÍTULO DE LA TESIS  
“LA NO PUNIBILIDAD DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE HIJO CUANDO EL  
CÓNYUGE QUE NO EJERZA LA CUSTODIA DEL MENOR ACTÚE EN  
PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LIBERTAD DEL MENOR, BIEN JURÍDICO  
TUTELADO POR EL ARTÍCULO 263 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE  
MÉXICO.”**

**PRESENTA:  
ANA ISABEL CAMBRÓN LÓPEZ**

**ASESOR  
M. EN D. VICTOR MANUEL AGUILAR CORONA**

**REVISORES:  
M. EN D. ARTURO G. RODARTE ZARATE  
D. EN D. RAFAEL SANTACRUZ LIMA**

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>I</b>
--------------------------	----------

<b>CAPÍTULO I EL DELITO.....</b>	<b>1</b>
----------------------------------	----------

Delito.....	1
Concepto de Delito.....	3
Teórico.....	5
Legal.....	7
Elementos del delito.....	8
Conducta y ausencia de conducta.....	10
Tipicidad y atipicidad.....	15
Antijuricidad y causas de justificación.....	18
Culpabilidad y causas de inculpabilidad.....	22
Punibilidad y excusas absolutorias.....	26
Imputabilidad e inimputabilidad.....	28
Sujetos del delito.....	34
Sujeto activo.....	34
Sujeto pasivo.....	35
Víctima.....	36
Ofendido.....	38

<b>CAPÍTULO II LA FAMILIA.....</b>	<b>40</b>
------------------------------------	-----------

Concepto de Familia.....	40
Teórico.....	40
Jurídico.....	41
Clases de familia.....	42
Familia Nuclear.....	43
Familia Consanguínea.....	44
Familia Reconstituida.....	44
Familia Uniparental.....	45
Familia de Padres del Mismo Sexo.....	46
Patria potestad.....	47
Custodia.....	55
Tutela.....	58

<b>CAPÍTULO III SUSTRACCIÓN DE HIJO.....</b>	<b>63</b>
--	-----------

Concepto.....	63
Tipos de Hijo.....	64
Matrimonio.....	66
Divorcio.....	69
Kidnapping.....	71

<b>CAPÍTULO IV PROBLEMÁTICA ACTUAL.....</b>	<b>80</b>
Problemática actual.....	80
Propuesta.....	82
Beneficios de la Propuesta.....	83
Beneficios Sociales.....	83
Beneficios Jurídicos.....	84
CONCLUSIONES.....	86
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	88

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal, se encarga de estudiar al crimen, y éste nace con el ser humano, es decir, desde las primeras décadas del hombre y cuando no existían leyes que los rigieran, ellos en algunas de sus formas de vivir llegaban a trasgredir los derechos de aquellos que los rodeaban, se podría decir como ejemplo desde la caza de animales, cuando mataban alguno y se llevaban la carne aún estando el animal en territorio de otra persona, eso no importaba, sino el simple hecho de obtener el alimento sin importar los medios que tuviera que pasar para lograrlo, por lo que podemos observar que es por ello que varios tratadistas del Derecho manejan que el delito nace con el hombre y desde esa perspectiva concuerdo afirmativamente.

Es por ello que la evolución de nuestro Derecho Punitivo, es hablar de la evolución del hombre, de su entorno, de sus actúes y sus consecuencias, en base a ello, en la actualidad éste derecho se encarga de proteger bienes jurídicos tutelados, que son aquellos valores que se buscan proteger por el Estado por medio de sus normas jurídicas.

Dentro de estos valores que se traducen como bienes jurídicos tutelados, se encuentran el de seguridad, libertad y tranquilidad de las personas, en este caso, estos bienes jurídicos tutelados se ven afectados, amenazados y transgredidos cuando ocurre en un caso particular, la sustracción de hijo, éstos están siendo protegidos dentro del artículo 263 del Código Penal del Estado de México, donde se toma como delito al padre o madre que sustraiga al menor sin autorización de aquél que tenga la guarda y custodia del hijo. Como consecuencia existe una sanción que va desde un año a 5 de prisión y una multa que puede ir de cuarenta a ciento veinticinco días, señalando que este delito es perseguido por querrela, es decir, a petición de la parte agraviada, que se traduciría como el padre o madre que ostenta la guarda y custodia de su hijo y que en el momento en que se le es arrebatado sin autorización se ve dañado en sus derechos como padre y sobretodo en su convivencia con éste.

En el presente trabajo, se aborda la concepción de delito, de las causas absolutorias de éste y la familia, que conlleva parte fundamental del delito de sustracción de hijo, así como algunos tratados internacionales que hablan de la figura del kidnapping, que dentro de nuestro trabajo sería como la forma en que es reconocida mundialmente la sustracción de hijo y que existen tratados con otros países para tratar de regular este delito y saber cómo actuar en caso de tener un problema de esta índole dentro de su país.

Sin embargo, el Código Penal del Estado de México no señala excusa alguna para la sustracción de hijo, lo que es incongruente e injusto ya que deja fuera cualquier posibilidad de que dentro del actuar del padre o madre que no ostenta la guarda y custodia del hijo al sustraerlo sin autorización por quien sí la tenga lo esté haciendo con el fin de proteger y salvaguardar la vida y el bienestar de su hijo, razonamiento que cualquier padre o madre podría justificar ante la autoridad competente de su acción sin autorización por estar salvaguardando en consecuencia el bien jurídico tutelado por el artículo 263 de la materia.

Es decir, el Código, debe prever cualquier hipótesis dentro de su normatividad para no dejar lagunas legales y de esta forma dejar en estado de indefensión alguna de las partes, pues de hacerlo se estarían violentando sus derechos y garantías y en consecuencia la ley sería ineficaz, por lo que se trata de dar una perspectiva desde la cual debe existir una excusa absolutoria al padre o madre que cometa este delito cuando justifique adecuadamente a la autoridad que su actuar no fue con dolo ni mala fe, sino en pro de la seguridad, libertad y tranquilidad del menor, que es el bien jurídico tutelado que pretende proteger el Estado por medio de su artículo anteriormente referido.

En este trabajo el Capítulo Primero nos habla del delito, su concepción desde la perspectiva legal y teórica, los elementos que lo conforman para que se pueda configurar como tal, y la conducta y la ausencia de ésta, que se traduce como las excusas absolutorias bajo las cuales una persona no puede ser castigada por el Derecho, por encontrarse dentro de alguna de las hipótesis que éste toma en consideración para señalar que la persona no estaba actuando con consentimiento y voluntad para dañar a otra.

En Capítulo Segundo, se aborda la Familia, su conceptualización teórica y legal; las clases de familia que nuestro País y nuestro Derecho toman en consideración, puesto que así como la sociedad va cambiando, también sus formas de agrupamiento y sus necesidades; las figuras de la Patria Potestad, la Custodia y la Tutela.

Dentro del Capítulo Tercero, se enuncia el delito de Sustracción de Hijo, la conceptualización legal y teórico de éste, los tipos de hijo que marca la ley y algunos tratadistas del derecho, la Institución del matrimonio; así como el Divorcio y por último la figura del Kidnapping que es la manera en que la Sustracción del hijo es conocida a nivel internacional.

En el presente trabajo se funda en el artículo 263 del Código Penal del Estado de México, haciendo un análisis desde la concepción del delito, la familia, el hijo, la tutela, la custodia y la patria potestad, para llegar a la problemática actual que daña todos estos preceptos y en específico el delito que se materializa cuando el padre que no ostenta la guarda y custodia del hijo lo sustrae sin autorización de quien sí la ostenta y de esta forma incurre en violación del artículo 263 de la Ley Punitiva, para lo cual se amerita una sanción, por lo que el objetivo general de este trabajo es demostrar que si el padre que comete este delito justifica su actuar demostrando que lo hizo en beneficio de la integridad del menor tanto física como psicológica, quede exime de pena alguna, puesto que no está dañando el bien jurídico tutelado por este artículo de forma dolosa ni como mala fe, sino que lo lleva a cabo en aras de proteger como padre a su hijo de cualquier riesgo o daño que pueda sufrir estando con quien ostenta su guarda y custodia y que en algunas situaciones su estilo de vida de éste ya no es el adecuado para ser quien cuide y viva con el menor.

Por tanto, el objetivo es demostrar que adicionar en el artículo 263 del Código Penal del Estado de México una fracción de no punibilidad al padre o madre que no ejerza la custodia del menor y lo sustraiga sólo por salvaguardar su seguridad y libertad sin actuar con dolo o en perjuicio de quien ostente su custodia, de esta forma será punible el delito de sustracción de hijo sólo cuando el padre o la madre que no tenga la patria potestad sustraiga al menor de manera injustificada o con dolo para lograr un daño a terceros, es una necesaria reforma que ocupa nuestra Ley, puesto que no se puede condenar a aquel padre que busca el bien del menor y no dañarlo.

# CAPÍTULO I. EL DELITO

1.1. Delito. 1.1.2. Concepto de Delito. 1.1.3. Teórico. 1.1.4. Legal. 1.2. Elementos del delito. 1.2.1. Conducta y ausencia de conducta. 1.2.2. Tipicidad y atipicidad. 1.2.3. Antijuricidad y causas de justificación. 1.2.4. Culpabilidad y causas de inculpabilidad. 1.2.5. Punibilidad y excusas absolutorias. 1.2.6. Imputabilidad e inimputabilidad. 1.3. Sujetos del delito. 1.3.1. Sujeto activo. 1.3.2. Sujeto pasivo. 1.3.2.1. Víctima. 1.3.2.2. Ofendido.

## **1.1. Delito**

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy, por lo que en el presente capítulo abordaremos concepciones dogmáticas, legales y realizando conclusiones en base al estudio de todo lo abordado en el presente tema, así pues, para llegar a la conceptualización del delito abordaremos la materia que ocupa dicho objeto, que es el Derecho Penal.

El Derecho Penal es entendido como la rama del Derecho que estudia el fenómeno criminal, el delito, el delincuente y la pena. Se ubica como rama del Derecho público, porque protege los bienes jurídicos de los ataques que los afectan y con ello lesionan la seguridad jurídica. Regula los delitos que ejercen los sujetos contra otros afectando su integridad y la vida misma.

Es posible distinguir entre Derecho Penal objetivo, que se refiere a las normas jurídicas penales en sí, y derecho penal subjetivo, que contempla la aplicación de una sanción a aquellos que actualizan las hipótesis previstas por el derecho penal objetivo.

El Derecho Punitivo utiliza conceptos como delito, pena, medidas de seguridad, para determinar su acto de competencia, para entenderlo, es importante puntualizar sus elementos, entre los que destacan:

- a) Teoría de la ley penal
- b) Teoría del delito
- c) Teoría de la pena y las medidas de seguridad.

La teoría de la ley punitiva estudia las reglas de aplicación según los sujetos, la materia y el territorio donde se cometan los delitos. La teoría del delito, elabora

una construcción lógica para analizar los elementos predominantes para que una conducta sea considerada como delito.

El último elemento del Derecho de la Defensa Social es la teoría de la pena, que explica la naturaleza de la misma como un mal que se debe limitar. Sólo es aplicable cuando se ha cometido un delito. La pena se considera como la consecuencia jurídica del delito, toda persona que comete un delito se hace acreedora a que el Estado le imponga una pena y quedarán subordinadas a los ordenamientos penales de cada país.

Un delito es una acción u omisión que realizan los sujetos en perjuicio de otros. Los códigos penales agrupan a los delitos de acuerdo con el bien jurídico que ofenden, por ejemplo:

- La vida = homicidio
- El honor= injurias
- La libertad= secuestro
- La familia = bigamia

### **1.1.2. Concepto de delito**

El delito es definido como una acción típica, antijurídica, imputable, culpable, sometida a una sanción penal. Supone una conducta infraccionada por parte del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En otras palabras, es una acción que va en contra de lo establecido por la ley y que es castigada por ella con una pena grave.

En base a las anteriores conceptualizaciones se puede decir que existen dos clases de objetos dentro del delito, para ello, citaremos a varios tratadistas del derecho, que expone una explicación clara y concisa de estos objetos.

*“En derecho Penal se distinguen dos tipos de objetos: el material y el jurídico.*

*El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa. Cuando se trata de una persona física, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material; esto ocurre en delitos como homicidio, lesiones, difamación, violación, estupro, entre otros. El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos<sup>1</sup>”.*

Se entiende que en algunos delitos el objeto material y el sujeto pasivo coinciden en ser la misma persona, hablamos de delitos como el homicidio, violación,

---

<sup>1</sup> **AMUCHATEGUI** Requena, Griselda I. Derecho Penal. Editorial: Oxford. Año: 2005. Tercera edición, Pág.53.



estupro o lesiones, tratándose de personas físicas, esto en función de que el objeto material es la persona u objeto sobre la que recae el daño a consecuencia de la comisión del delito. Por otro lado se habla del objeto jurídico que se entiende como el bien jurídico que tutela la ley, estos bienes jurídicos se traducen como aquellos derechos que deben ser protegidos y por lo cual están bajo la protección de la ley.

*“En la doctrina se distingue entre objeto jurídico y objeto material. Por el primero entendemos el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su esencia. El objeto material es el la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito<sup>2</sup>”.*

En esta perspectiva, el objeto jurídico es el que le da vida al delito, entendiéndose como si la ley penal no protegiera el derecho de la vida, luego entonces, no habría una sanción al delito del homicidio o por ejemplo, si la ley no tutelara el bien jurídico de la libertad, la ley punitiva no castigaría a los que cometen el delito de sustracción de menores o a quienes realizan el delito de secuestro. En tanto, que el objeto material lo divisan en dos perspectivas, una de ellas en la persona o la cosa en la cual recae el daño producto de la comisión del delito y por otro lado la perspectiva en la cual el sujeto pasivo coincide con ser el objeto material del delito.

*“El hecho delictivo se plantea en dos aspectos; uno objetivo o externo que es de carácter naturalístico, y que corresponde a la acción humana que como causa produce un resultado reprobado por la ley, es decir, antijurídico; y otro subjetivo o interno que se establece en la relación psicológica del sujeto en la producción del hecho, en la voluntad de obtener el resultado lesivo. El delito se integra por elementos objetivos, en los cuales ubica la conducta y la antijuricidad; como el elemento subjetivo la culpabilidad, apareciendo la punibilidad como elemento normativo que distingue las conductas penales de otras conductas sancionadas por el derecho. Las relaciones entre los elementos objetivos y subjetivos son relaciones de causalidad, tal como aparecen en la naturaleza, relaciones de causa a efecto<sup>3</sup>”.*

Por lo que se puede concluir que el delito es una figura que se encuentra dentro del Derecho Penal, y que es definido como una acción tipificada y sancionada por la ley, y el delito se conforma de dos elementos referido por varios autores como material u objetivo y el otro como jurídico o subjetivo; de los cuales el primero se encarga de la persona o cosa que sufre el hecho delictivo y el segundo elemento se refiere a la sanción que impone la ley por ese hecho, toma a consideración el autor que dentro del elemento objetivo, se ubica la conducta y la antijuricidad y dentro del elemento subjetivo se caracteriza por la culpabilidad y la punibilidad que

---

<sup>2</sup> **PAVÓN** Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Editorial: Porrúa. Octava Edición.

<sup>3</sup> **ORELLANA** Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Editorial: Porrúa.

distingue las conductas penales de las demás acciones que el derecho en sus diversas ramas prevé.

### 1.1.3. Concepto teórico de delito.

En este subtítulo analizaremos el concepto teórico de delito, desde el punto de vista de diversos autores, para dar un punto de vista diferente o en su caso similar al análisis realizado en el punto anterior.

Empezaremos con una definición interesante que nos brinda Carmagnani: *“Delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, pasivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”*.

Esta definición nos muestra los elementos que integran al delito como lo son: infracción al estado, acto externo del hombre, el acto puede ser pasivo o negativo, imputable y que causa un menoscabo social. Me parece una aseveración asertiva, concreta y clara en la cual se expresa en un sentido estricto al delito como una infracción de la ley, lo que implica que es una violación a lo que está estipulado en las normas del Estado que tienen el fin de cuidar y velar por la seguridad y paz de los ciudadanos, esta violación se traduce como una acción externa del hombre en sociedad y puede ser de forma activa cuando lo produce conscientemente o pasiva al incurrir en la omisión de la acción.

*“Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología. La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo identifica con una acción antisocial y dañosa<sup>4</sup>”*.

La filosofía toma al deber como un elemento necesario para el mantenimiento del orden en la sociedad y a la violación de este deber se traduce como el delito y a la infracción de este deber se condena con una sanción en materia penal, cuya sanción se entiende como la garantía del orden social, para la rama de la sociología lo entienden como una acción dañina a la sociedad y esta acción se traduce como una conducta antisocial.

*“... si se toma en cuenta que el delictum=delicti= significa desviarse del camino correcto, tendremos que delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, cuya consecuencia será la pena o una medida de seguridad en su caso<sup>5</sup>”*.

Esta conceptualización se desglosa como una conducta típica porque ya viene enmarcada en la ley, antijurídica porque va en contra del orden social, culpable porque al cometer una conducta ilícita la ley te castiga como consecuencia de esa

---

<sup>4</sup> PAVÓN, Francisco, Op. Cit. p. 163.

<sup>5</sup> PÉREZ Kasparián, Sara. Manual de Derecho de Penal. Editorial: Porrúa. Año: 2009.

acción. En referencia a estas conceptualizaciones, algunos autores clasifican diferentes tipos de delitos, para dar una explicación clara se citaran las siguientes clasificaciones teóricas del delito:

*“Los tipos de delitos pueden ser:*

- 1. Instantáneos. Aquellos que se configuran en el mismo momento. Son la mayoría. Por ejemplo: homicidio, robo, violación.*
- 2. Continuos o permanentes. Aquellos que requieren un transcurso en el tiempo. Por ejemplo: el secuestro, la privación ilegal de la libertad, el despejo de inmuebles y allanamiento de morada, igualmente podría ser la portación ilegal de armas de fuego.*
- 3. Continuado o de tracto sucesivo. Cuando ocurre unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas y se viola el mismo precepto legal contra el mismo sujeto pasivo, como por ejemplo, el robo en cualquier modalidad, siempre que sea contra el mismo sujeto pasivo, o cualquiera de los delitos patrimoniales, como la extorsión o el fraude, cuando en distintas ocasiones se atenta contra el patrimonio del mismo pasivo<sup>6</sup>”*

Habiendo definido desde diferentes puntos al delito, este se puede clasificar en instantáneos; cuando su comisión y el daño se hace en el mismo instante tales como se explican con la comisión del delito de robo, son continuos; cuando se requiere que pase determinado tiempo para que se configure por ejemplo el secuestro y por último, nos habla del continuado; en este caso es cuando con más de dos acciones se daña un mismo bien jurídico tutelado por la ley, en este caso se toman como ejemplo el fraude.

*“Atendiendo al sujeto pasivo, los delitos se clasifican en:*

- a) Personales, cuando la lesión recae sobre una persona física, y*
- b) Impersonales, cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general.*

*Las lesiones y el homicidio son delitos personales: la asonada, el motín y la traición a la patria constituyen ejemplos de delitos impersonales<sup>7</sup>”.*

En cuestión al sujeto pasivo, los delitos se clasifican en personales, cuando la lesión causa un daño a una persona física y en impersonales cuando la lesión de la comisión del delito recae sobre una persona moral, la sociedad en su generalidad y al Estado, se toman como ejemplos del delito personal como en párrafos anteriores se mencionaron al delito de homicidio y en cuanto al delito impersonal se puede tomar como ejemplo la traición a la patria o el motín.

*“Con referencia al sujeto activo y tomado en consideración la calidad y el número de los que intervinieron en su comisión, los delitos pueden clasificarse:*

*En razón de la calidad del sujeto:*

- a) Delitos de sujeto común o indiferente, en los que la Ley, al no destacar algún carácter, permite su comisión por cualquier persona (lesiones, homicidio, etc.) y*

---

<sup>6</sup> PÉREZ, Sara Op. Cit. p. 16-17.

<sup>7</sup> PAVÓN, Francisco, Op. Cit. p. 172.

- b) *Delitos exclusivos, propios o de sujeto calificado en los cuales, al decir de MANZINI, se exige la concurrencia, en el sujeto, de una determinada calidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlos (infanticidio, parricidio, peculado, etc.)*<sup>8</sup>.

En cuanto al sujeto activo, el delito se clasifica en delitos de sujeto común cuando la ley dentro de su encuadramiento del delito no estipula específicamente alguna característica que deba tener alguna persona para la comisión del delito, sino que es general por lo que puede ser realizado por cualquiera y existe el delito exclusivo que se entiende como una determinada relación, característica o patrón para que la comisión de ese delito encuadre con la especificación que enmarque la ley en su caso, podemos tomar como ejemplo el feminicidio.

En base a estos razonamientos anteriormente fundados, se puede concluir, que desde un punto teórico, el delito es visto como una violación de carácter jurídico, que trae como consecuencia una sanción ya que daña el orden social y que existen diferentes tipos de delitos que son tipificados y sancionados por la Ley de acuerdo a la gravedad del hecho delictivo y de la forma, lugar y número de personas que incurran en él.

#### **1.1.4. Concepto legal de delito.**

Por último, se desarrollará el concepto legal del delito, fundado mediante en Código Penal del Estado de México y algunos autores que manejan conceptos jurídicos referentes a éste. Como ya se hizo referencia en el párrafo anterior, el Código Penal del Estado de México en referencia al delito establece:

*Artículo 6.- El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.*

*Artículo 7.- Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente.*

La ley estima que los delitos realizados por acción y por omisión son punibles, en especial, cuando en los segundos se materialicen por la conducta omisiva del agente al no impedir la materialización del delito, pues el que omite impedirlo tiene el deber de actuar para evitar el delito y al hacer caso omiso de su responsabilidad la ley lo encuadra como sujeto culpable y punible.

---

<sup>8</sup> Idem.

*Artículo 8.- Los delitos pueden ser: I. Dolosos; El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley. II. Culposos; El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó siendo previsible o confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales. III. Instantáneos; Es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos. IV. Permanentes; Es permanente, cuando la consumación se prolonga en el tiempo. V. Continuados. Es continuado, cuando existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo y se viola el mismo precepto legal.*

Los delitos se clasifican en dolosos y culposos, los primeros hacen referencia a cuando el sujeto que los materializa conoce el resultado y consecuencia de ésta y aún con conocimiento de ello decide llevarlo a cabo; los segundos alucen cuando el agente al realizar un acto no conoce el alcance de las consecuencias o prevé que no se va a materializar el acto causando daño; la ley prevé otros tipos de delitos los cuales son los instantáneos, que se realizan cuando su realización y materialización se consumen en un solo acto, los delitos permanentes cuando la consumación del acto se prolonga en el tiempo y por último, los delitos continuados, se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones parciales de un solo delito; por ejemplo: el que roba una suma de dinero guardada en un lugar, llevándose centavo a centavo o billete a billete cada día hasta reunir una suma considerable.

*Artículo 9.- Se califican como delitos graves para todos los efectos legales: El cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 61 segundo párrafo, fracciones I, II, III y V; el de rebelión, previsto en los artículos 107 último párrafo, 108 primer y tercer párrafos y 110; el de sedición, señalado en el artículo 113 segundo párrafo; el de cohecho previsto en los artículos 129 y 130 en términos del párrafo segundo del artículo 131, si es cometido por elementos de cuerpos policíacos o servidores de seguridad pública; el de abuso de autoridad, contenido en los artículos 136 fracciones V, X y 137 fracción II; el de peculado señalado en el artículo 140 fracción II; el de prestación ilícita del servicio público de transporte de pasajeros señalado en el artículo 148 párrafo segundo; el de encubrimiento previsto en el artículo 152 párrafo segundo; el de falso testimonio contenido en las fracciones III y IV del artículo 156; el de evasión a que se refiere el artículo 160; el delito de falsificación de documentos previsto en el artículo 170 fracción II; el que se refiere a la falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito señalado en el artículo 174; el delito de usurpación de funciones públicas o de profesiones prevista en el artículo 176 penúltimo párrafo; el de delincuencia organizada, previsto en el artículo 178; los delitos cometidos por fraccionadores, señalados en el artículo 189; el de ataques a las vías de comunicación y transporte, contenido en los artículos 193 tercer párrafo y 195; el de corrupción de menores, señalado en el artículo 205 primero y segundo párrafos, el de pornografía de menores e incapaces contenido en el artículo 206 párrafos quinto y sexto y 208; el de lenocinio y trata de personas, previstos en los artículos 209 y 210; el tráfico de menores, contemplado en el artículo 219; el de cremación de cadáver señalado en el artículo 225; el cometido en contra de los productos de los montes o bosques, señalado en los párrafos segundo y tercero, fracciones I, II y III del artículo 229; el deterioro de área natural protegida, previsto en el artículo 230; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción V; el de homicidio, contenido en el artículo 241; el*

*de secuestro, señalado por el artículo 259; el de privación de la libertad de menor de edad, previsto en el artículo 262 primer párrafo; el de extorsión contenido en el último párrafo del artículo 266; el asalto a una población a que se refiere el artículo 267; el de trata de personas contemplado en el artículo 268 bis; el de violación, señalado por los artículos 273 y 274; el de robo contenido en los artículos 290 fracciones I en su tercer párrafo, II, III, IV, V, XVI y XVII, y 292; el de abigeato, señalado en los artículos 297 fracciones II y III, 298 fracción II, y 299 fracciones I y IV; el de despojo a que se refiere el artículo 308, en su fracción III, párrafos tercero y cuarto; y el de daño en los bienes, señalado en el artículo 311; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este 5 código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.*

Los delitos graves son aquellos a los que la Ley castiga con pena grave, con prisión superior a 3 años, suspensión de conducción de ciclomotores y vehículos a motor durante 6 años y los delitos menos graves la Ley los contempla como aquellos sancionados con pena menos grave, con la prisión de 6 meses hasta 3 años, multa de más de 12 meses o el arresto de 7 a 24 fines de semana.

*Artículo 10.- Además del delito consumado, es punible la tentativa y ésta lo es cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería producir el delito u omitiendo la que debería evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero si pone en peligro el bien jurídico. Si la ejecución del delito quedare interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos.*

La tentativa la contempla la normatividad punitiva como la intención exteriorizada del sujeto al ejecutar una acción que debería producir un delito o que omite una acción que debería evitar la materialización del delito y que en caso de que existieran causas ajenas a la voluntad del sujeto y no se consumara el delito la normatividad punitiva prevé la sanción correspondiente para ambas vertientes. Ahora bien, en cuanto a un punto doctrinario, también existen definiciones jurídicas que hacen los autores, para demostrar dicho extremo citaremos las siguientes líneas:

*“El delito, como noción jurídica, se contempla en dos aspectos: jurídico-formal y jurídico-sustancial. Jurídico-formal: Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito en concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una sanción. Jurídico-sustancial: Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar el delito, de manera que existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica. UNITARIA O TOTALIZADORA. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones<sup>9</sup>”.*

En la perspectiva Jurídico-formal denota al delito como las entidades que se pueden traducir en las actividades que traen aparejada una sanción al cometerse tales, y apunta que es la enunciación de que un acto que contraviene el orden y la paz merece una sanción por parte del Estado. La perspectiva Jurídico-sustancial consiste en los elementos que deben configurar un delito para que sea calificado

---

<sup>9</sup>AMUCHATEGUI, Griselda, Op. Cit. p. 47.

como tal, en este punto, hacen la observación de que existe una teoría que afirma que el delito es una unidad y por lo cual no admite divisiones.

## **1.2. Elementos del delito.**

El Delito tiene diversos elementos que conforman un todo, los cuales son:

- a) Conducta y ausencia de conducta
- b) Tipicidad y atipicidad
- c) Antijuricidad y causas de justificación
- d) Culpabilidad y causas de inculpabilidad
- e) Punibilidad y excusas absolutorias
- f) Imputabilidad e inimputabilidad

En otras palabras, se puede decir que: *“Los elementos del delito son cada una de las partes que lo integran: dicho de otra manera: el delito existe en razón de la existencia de los elementos...”<sup>10</sup>*.

En cuanto a estos elementos, como se ve precisado en párrafos anteriores se puede deducir que todo elemento positivo del delito tiene uno negativo, para entender de mejor forma estos elementos en sus dos aspectos, positivo y negativo, se expondrán de forma separada en los siguientes subtemas. En base a la descripción de los elementos del delito como en párrafos anteriores se menciona se deducen como las partes que configuran el delito, esto desde un punto de vista por algunos juristas, ya que como bien se mencionó anteriormente, existen teorías que afirman que el delito es una unidad y no admite divisiones, o sea, que no es divisible o no se integra por elementos sino que es uno solo.

### **1.2.1. Conducta y ausencia de conducta.**

*“La conducta es el primero de los elementos que el delito requiere para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad. La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad culpable o preterintencional), activo (acción o hacer positivo) o negativo (inactividad o no hacer), que produce un resultado”<sup>11</sup>*.

La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u

---

<sup>10</sup> **Ibídem**

<sup>11</sup> **Ibídem**

omisión. La conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

*“Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: de acción y de omisión. La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado este último también nexo causal.*

*Voluntad. Es el querer, por parte del sujeto activo, cometer el delito. Es propiamente la intención.*

*Actividad. Consiste en el “hacer” o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito.*

*Resultado. Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.*

*Nexo de causalidad. Es el ligamen o nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa<sup>12</sup>”.*

La conducta tiene tres elementos:

- 1) Un acto positivo o negativo (acción u omisión).  
Un resultado.
- 2) Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

Acción.- La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

- a) Movimiento;
- b) Resultado;
- c) Relación de causalidad.

*“La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)<sup>13</sup>”.*

La acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto, esta actividad voluntaria produce

---

<sup>12</sup> **Ibídem**

<sup>13</sup> **PAVÓN**, Francisco, Op. Cit. p. 186-255.



un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. Dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley.

Así pues, la omisión, dice Cuello Calón, es "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar".

La omisión tiene cuatro elementos:

- a) Manifestación de la voluntad.
- b) Una conducta pasiva. (inactividad).
- c) Deber jurídico de obrar.
- d) Resultado típico jurídico.

*"La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento. La omisión puede ser simple o puede haber comisión por omisión.*

*Omisión simple. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva; por ejemplo la portación de arma prohibida.*

*Comisión por omisión. También conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario culposo, cuya abstención produce un resultado material<sup>14</sup>".*

Estos delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios y delitos de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan una preceptiva, mientras los segundos, en realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. La primera no produce un resultado material, la segunda sí.

*"Estimamos que la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. Este concepto es comprensivo de las formas en las cuales la conducta pueda expresarse: acción u omisión. Lo expresado anteriormente pone de manifiesto que la voluntad, al exteriorizarse, puede adoptar las formas de: a) Acción, y b) Omisión. Por cuando a esta última, se le divide en: 1. Omisión simple, y 2. Omisión impropia o comisión por omisión<sup>15</sup>".*

En los delitos de simple omisión, se viola una norma preceptiva penal, mientras en los de comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva penal. Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, y los de comisión por omisión un resultado típico y uno material. En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

Ahora bien, el aspecto negativo de la conducta es la ausencia de conducta, la cual

---

<sup>14</sup> **AMUCHATEGUI**, Griselda, Op. Cit. p. 53-58.

<sup>15</sup> **PAVÓN**, Francisco, Op. Cit. p. 186-255.

abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito. Esta explicación es a grandes rasgos lo que se define como conducta y la ausencia de conducta dentro del delito, por lo que ahora se analizará desde puntos de vista dogmáticos y legales para tener una amplia visión y comprensión de lo expuesto en párrafos anteriores.

*“En algunas circunstancias surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por ende, da lugar a la inexistencia del delito. Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes: vis absoluta, vis maior, actos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnosis. La vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo. La vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de vis absoluta, proviene de la naturaleza. Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, se presenta el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto “agente”. Un ejemplo sería: Actos reflejos, Sueño, sonambulismo e Hipnosis<sup>16</sup>”.*

La ausencia de conducta la califica como aquella inexistencia de ésta cuando está dentro de los casos como los actos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnosis, por lo cual el sujeto al encontrarse en alguna de estas circunstancias se determina como una eximente de punibilidad ya que no existe voluntad cuando se está dentro de éstas por lo que hace inexistente la comisión del delito.

*“... habremos ahora de fijar nuestra atención en su correspondiente aspecto negativo: la ausencia de conducta o de hecho. El hecho por su mayor contenido, comprensivo de la conducta humana, de su resultado y del nexo causal entre una y otro (relación de causalidad), integra comúnmente el término de mayor aceptación. La ausencia del hecho y por ello del delito, surge a falta de cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado<sup>17</sup>”.*

Hablan de la ausencia de conducta o hecho cuando falta una conducta voluntaria para materializar un acto delictivo, al faltar la voluntad, la materialización del delito no tiene consecuencias puesto que no existe un nexo causal que los una ya que el sujeto se encontraba ausente en conciencia al realizar el delito por lo que no tiene conocimiento de los alcances que puede tener su conducta, ni mucho menos las consecuencias que eso le atraerán.

*“La moderna dogmática del delito ha precisado, como indiscutibles casos de ausencia de conducta:*

- I. La vis absoluta, llamada igualmente violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible, y*
- II. La fuerza mayor*
  - a) El sueño y el sonambulismo*
  - b) La sugestión, la hipnosis y la narcosis.*
  - c) La inconsciencia y los actos reflejos, y*

---

<sup>16</sup> **AMUCHATEGUI**, Griselda, Op. Cit. p. 53-58.

<sup>17</sup> **PAVÓN**, Francisco, Op. Cit. p. 186.

d) *La fuerza irresistible*<sup>18</sup>.

Se explican las dos formas de ausencia de conducta, la cual es la fuerza física o fuerza irresistible en la cual el agente es víctima de alguna de estas fuerzas y la segunda por fuerza mayor que se dividen en sueño o sonambulismo, la sugestión, hipnosis, narcosis, la inconsciencia y los actos reflejos. Por lo que, se entiende que si el agente que realiza el delito se encuentra en alguna de estas opciones, la ley lo toma como inimputable, o sea, que no puede ser castigado ya que no está consciente de lo que estaba realizando al momento de llevar a cabo el delito y en consecuencia se exime de ser condenado ya que como tal no existe la comisión del delito. En cuanto al Código Penal del Estado de México, este elemento del delito lo maneja en los siguientes términos:

*Artículo 11.- La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuoso:*

*I. La autoría; y*

*II. La participación.*

*Son autores:*

*a) Los que conciben el hecho delictuoso;*

*b) Los que ordenan su realización;*

*c) Los que lo ejecuten materialmente;*

*d) Los que en conjunto y con dominio del hecho delictuoso intervengan en su realización; y*

*e) Los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho.*

*Son partícipes:*

*a) Los que instiguen a otros, mediante convencimiento, a intervenir en el hecho delictuoso;*

*b) Los que cooperen en forma previa o simultánea en la realización del hecho delictuoso, sin dominio del mismo; y*

*c) Los que auxilien a quienes han intervenido en el hecho delictuoso, después de su consumación, por acuerdo anterior.*

El ordenamiento punitivo, contempla que los sujetos son objeto de responsabilidad penal cuando intervienen en el delito de las siguientes formas: siendo autor intelectual del delito, o siendo partícipe de la comisión cuando estén de acuerdo en que se realice el delito, ordenen o coordinen su realización, lo ejecuten materialmente, intervengan de forma directa o indirectamente en la comisión del mismo, aquellos que cooperen de forma previa o simultánea y aquellos que presten auxilio a quienes hayan intervenido en la materialización del delito después de la consumación de éste.

*Artículo 13.- Las circunstancias modificativas o calificativas del delito aprovechan o perjudican a todos los inculpados que tuvieran conocimiento de ellas en el momento de su intervención, o debieran preverlas racionalmente. Las circunstancias personales de alguno o algunos de los inculpados que sean modificativas o*

---

<sup>18</sup> **Ibídem**

*calificativas del delito, o constituyan un elemento de éste, aprovecharán o perjudicarán únicamente a aquellos en quienes concurran.*

Se entiende entonces, que esas circunstancias modificativas pueden perjudicar o ser aprovechadas por los sujetos que consuman el delito, dependiendo de su circunstancia, un ejemplo de ello es; cuando una persona es obligada con el uso de la violencia a que sea participe de una conducta delictiva y al ser llevado ante un Tribunal para ser juzgado por sus delitos podría usarse en su beneficio el hecho de que no fue participe de la consumación del delito por voluntad propia sino porque un agente participe de la autoría del delito fue quien lo obligo a participar.

*Artículo 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:*

*I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible; (REFORMADA, P.O. 1 DE SEPTIEMBRE DE 2000)*

*II. Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;*

*III. Las causas permisivas, como:*

*a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: 1. Que se trate de un delito perseguible por querrela; 2. Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y 3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad. b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión. c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.*

Con estas referencias jurídicas, sustentamos lo planteado al principio del presente subtema, por lo que se concluye que la conducta es el primer elemento básico y positivo del delito que acredita y amerita la sanción a que se haga acreedor el sujeto responsable de la comisión del hecho ilícito enmarcado en la ley y la ausencia de conducta es el primer elemento negativo del delito, ya que no constituye una voluntad expresa para cometer éste, por lo que el sujeto que lo realice no puede ser sancionado por la ley.

### 1.2.2. Tipicidad y atipicidad.

*“La tipicidad es la adecuación de la conducta de la vida real al tipo penal. Para que exista la tipicidad tiene que producirse un encuadramiento letrístico, esto quiere decir que la conducta de la vida real tiene que ser exactamente igual a la letra o redacción del tipo penal. La atipicidad es falta de adecuación de la conducta real al tipo penal<sup>19</sup>”.*

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. En este sentido diversos autores han dado su definición de tipicidad; dentro de las más importantes tenemos la expresada por Francisco Blasco y Fernández de Moreda, la cual dice: *"La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida"*.

*“Tipo es la descripción de una hipótesis plasmada en la ley penal. El tipo contiene una redacción con un supuesto de hecho hipotético, porque no siempre se va a materializar, referido a una conducta prohibida. Las funciones esenciales del tipo penal son: la función de garantía, pues limita el poder punitivo del Estado; la función fundamentadora, pues es la base de la existencia del delito; la función de la selección de los comportamientos humanos relevantes penalmente; y la función motivadora, pues únicamente los comportamientos previstos que se subsuman al tipo penal son los que serán objeto de una consecuencia jurídica, ya sea una pena o una medida de seguridad en su caso<sup>20</sup>”.*

Se debe tener cuidado de no confundir la tipicidad con tipo, la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito. La tipicidad se encuentra fundamentada en el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero, que a la letra dice: *"En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"*.

*“En sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito. Por ello entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; “el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal”, de tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal. No debe, sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos<sup>21</sup>”.*

---

<sup>19</sup> PÉREZ, Sara Op. Cit. p.47.

<sup>20</sup> **Ibíd**

<sup>21</sup> PAVÓN, Francisco, Op. Cit. p. 265.

El tipo es considerado como los elementos que describen al delito, mientras que la tipicidad es el tipo específico, o sea, que tiene elementos especiales que lo constituyen un delito diferente de los demás, para lo cual la materialización de dicho delito se necesita contar con hechos especiales, y el tipo se queda como un antecedente necesario del delito, un ejemplo del tipo es el homicidio y de la tipicidad sería el feminicidio, en el cual no sólo consta de quitarle la vida a una persona sino que la característica especial sería que se hace sobre una mujer, otro ejemplo del tipo es el secuestro y de tipicidad sería la sustracción de hijo, en la cual un menor es apartado de su padre o madre sin su consentimiento y es llevado a un lugar a donde no pertenece sin autorización legal, privándolo así de su libertad.

*“La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale la ausencia del tipo. Esta supone la falta de prevención en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constituidos del tipo<sup>22</sup>”.*

El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad. La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, por ello, es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que en el segundo caso, no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal.

*“Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica. Concretamente se originan hipótesis de atipicidad:*

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo; c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; d) Cuando habiéndose dado la conducta , están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo; e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal<sup>23</sup>”.*

La atipicidad consiste en que, no se reúne la totalidad de los elementos del delito, por ejemplo, si por robo se entiende el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho ni consentimiento de la persona que con arreglo a la ley deba otorgarlo, en el supuesto de que el apoderamiento de la cosa recaiga en un bien que sea considerado por la legislación civil como "inmueble", ya no se configuraría el delito de robo, y entonces, estaríamos en presencia de una conducta atípica.

---

<sup>22</sup> **Ibídem.**

<sup>23</sup> **Ibídem.**

En términos jurídicos, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla este elemento de la siguiente forma:

*Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.*

Por lo que se puede concluir que respecto a la tipicidad es el encuadramiento de la conducta del hombre a una norma jurídica, si esta conducta se encuentra descrita dentro de la ley y es violatoria del orden social, se tendrá por hecho delictivo esa conducta pero si la conducta llevada a cabo no se encuentra descrita en la ley no podrá ser castigado, que sería el elemento negativo de la tipicidad, conocido como atipicidad. la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llamado la atención de no confundir la atipicidad con la ausencia de tipo, pues dice que lo primero está considerado como un elemento negativo del delito, mientras que la ausencia de tipo se considera en la doctrina un presupuesto del delito, porque la primera supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencia temporales o especiales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.

#### **1.2.2.1. Antijuricidad y causas de justificación.**

*“Antijuricidad es el comportamiento contrario a las normas de cultura universal, reconocidas y aceptadas en un Estado. Aspecto formal de la antijuricidad: con respecto al ataque o contra lo dispuesto en la ley (conducta humana opuesta a una norma)<sup>24</sup>”.*

La antijuricidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, es decir, ha de ser antijurídica.

*“Aspecto material de la antijuricidad: con respecto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley (grado de ataque-material o formal, peligro). Aspecto valorativo de la*

---

<sup>24</sup> PÉREZ, Sara Op. Cit. p.59.

*antijuricidad: se hace un juicio de valor que recae sobre un comportamiento humano que indica que el sujeto activo ha ido contra el contenido de la norma<sup>25</sup>.*

La antijurídica es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.

Porte Petit argumenta lo siguiente: *“Se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación, recalando que por hoy así funcionan los códigos penales, valiéndose de un procedimiento de exclusión, lo cual significa, en su criterio, la concurrencia de una doble condición para tener por antijurídica la conducta: la violación de una norma penal y la ausencia de una causa de justificación”.*

La conducta delictiva ante el Código Penal presupone la existencia de culpabilidad en la comisión de un delito, por lo cual dicha conducta debe ser sancionada en los términos que éste lo contemple, sin embargo, también contempla un procedimiento de exclusión en el cual al no existir conducta voluntaria o alguna causa de justificación sobre la materialización del delito, éste queda como inexistente por lo cual el agente que lo ocasiona queda eximido de una sanción, pero si se encuentra en uso de conciencia al momento de consumir el delito se tiene como una conducta antijurídica y punitiva por el Código Penal.

*“La conducta típica es antijurídica siempre que no concurra a favor del activo una causa de justificación comprobada, por ejemplo, privar de la vida concurriendo la legítima defensa.*

*Son causas de justificación la que expresamente la ley penal establece. No todas las conductas establecidas en el código penal como típicas van a ser antijurídicas, pues en algunos casos muy especiales están justificadas. La ley penal establece cuatro causas de justificación: consentimiento del pasivo, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber-ejercicio de un derecho<sup>26</sup>”.*

La causa de justificación, es cuando es un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuricidad, podemos decir: no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales, Así, si un hombre ha matado a otro, en defensa de su vida injustamente atacada, estará en una causa de justificación, excluyéndose la antijuricidad en la conducta del homicida.

*“La legítima defensa: Es un comportamiento basado en el instinto de defensa y protección. El ser humano por naturaleza siempre trata de defenderse, el Estado la justifica, dado que no en todas las circunstancias las personas pueden contar con el auxilio de las autoridades policíacas en una situación crítica para que intervengan a su favor y protegerle de ataques en contra de la vida, en*

---

<sup>25</sup> **Ibídem.**

<sup>26</sup> **Ibídem.**



*contra del patrimonio o en contra de cualquier otro bien jurídico de necesaria tutela, admitiéndose también la legítima defensa a favor de terceros<sup>27</sup>”.*

Se describe como un comportamiento en el cual el hombre por su instinto de supervivencia decide actuar en defensa y protección de su vida, bienes o de cualquier otro bien jurídico que pueda ser afectado y que en el momento en que se siente amenazado el sujeto no puede ser protegido por el Estado, por lo que éste prevé que para este tipo de situaciones amenazantes el sujeto que se sienta intimidado o amenazado pueda actuar en pro de su beneficio y seguridad.

*“La legítima defensa se manifiesta cuando el sujeto repele una agresión real, actual, inminente que el sujeto no provocó y cuando existe una proporcionalidad entre el medio empleado para la defensa y el medio con el cual lo están agrediendo injustificadamente<sup>28</sup>”.*

Se entiende desde este punto de vista, que la legítima defensa es manifestada al repeler una agresión inminente, actual y real ante la cual el sujeto que se ve amenazado no la provocó y a la cual debe de reaccionar de la misma forma para salvaguardar su integridad y la de sus pertenencias si fuera el caso, entendiéndose que esta figura aparece cuando el sujeto es víctima de una agresión que no provoca y que mucho menos tiene justificación.

*“El estado de necesidad: El fundamento esencial del estado de necesidad se basa en el instinto de supervivencia que por naturaleza tiene el ser humano. Y es que ocurren en la vida real algunas situaciones que pueden llegar a ser dramáticas en muchos casos y, en ese momento, el Estado no está en disponibilidad de proteger a las personas<sup>29</sup>”.*

El estado de necesidad se basa en el instinto de supervivencia que por naturaleza un hombre tiene y que ante circunstancias de riesgo o peligro inminente el sujeto tiene que actuar para proteger su vida y ante la falta en ese momento de protección por parte del Estado el sujeto se ve en la necesidad de actuar por propia mano para defenderse ante el peligro que se ve amenazado.

*El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho: En el cumplimiento de un deber “el estado ordena” (un hacer o no hacer); en el ejercicio de un derecho “el estado permite, autoriza”. Estas dos causas de justificación son similares pero no idénticas, la similitud parte del dictado del Estado, que por una parte ordena y por otra autoriza la realización de determinadas actividades<sup>30</sup>”.*

El cumplimiento de un deber es el hacer o no hacer que se manifiesta bajo una orden, para lo cual debe estar regulado por un ordenamiento jurídico para que opere como causa de justificación en determinado caso, mientras que el ejercicio de un derecho es una permisión que el Estado otorga bajo la cual de igual forma

---

<sup>27</sup> **Ibídem.**

<sup>28</sup> **Ibídem.**

<sup>29</sup> **Ibídem.**

<sup>30</sup> **Ibídem.**

se justifica el actuar del sujeto de acuerdo con la situación que se pondere y los bienes jurídicos que se pretendan cuidar y defender.

*“La antijuricidad es lo contrario a Derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra el delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica<sup>31</sup>”.*

Se entiende como el contrariar a lo estipulado por la Ley, aquella conducta que viola los preceptos entablados en los ordenamientos legales y para tal violación amerita una sanción, por lo que se establece que la antijuricidad es otro de los elementos que conforman al delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada delictuosa.

*“El aspecto negativo: causas de justificación o licitud.*

*El aspecto negativo de la antijuricidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada, al estimar lícita, jurídica o justificativa<sup>32</sup>”.*

El aspecto negativo de la antijuricidad lo conforman las causas de justificación, que se traducen en aquellas razones o circunstancias que los legisladores consideraron propias para ser justificadas ante la comisión de un delito y por lo cual ante una conducta estimada ilícita si se realizará en una de esas razones o circunstancias, ésta se estimaría lícita o justificativa.

*“La antijuricidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuricidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho<sup>33</sup>”.*

Explican de manera concisa la antijuricidad como lo contrario a derecho y lo contrario a esto son las causas de justificación, que es lo conforme a derecho o como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, lo justificable ante la ley, de tal forma que cuando existe una causa de justificación desaparece el carácter de antijurídico en una acción, por lo que el delito queda inexistente, ya que el derecho está justificando dicha conducta.

*“En principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría (antijuricidad); pero excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causa de justificación), con lo cual desaparece la antijuricidad, por existir una causa de justificación o licitud. Causas de justificación en particular. La legislación penal mexicana contempla las siguientes:*

- a) Legítima defensa.*
- b) Estado de necesidad.*
- c) Ejercicio de un derecho.*
- d) Cumplimiento de un deber.*
- e) Consentimiento del titular del bien jurídico<sup>34</sup>”.*

---

<sup>31</sup> **Ibídem.**

<sup>32</sup> **Idem.**

<sup>33</sup> **Ibídem.**

<sup>34</sup> **Ibídem.**

Anteriormente se mencionaron algunas causas de justificación, en las cuales se entiende el permiso que el Estado otorga a aquellas personas que se encuentran en situaciones de riesgo y que ante la ausencia del Estado para protegerlos en ese momento, el sujeto pueda defenderse por sí mismo, siendo justificable su conducta por la ley, por lo que el delito queda nulo. En resumen, se entiende que la legítima defensa es un justificante que opera amparando al sujeto ya que éste no está operando de manera antijurídica, sino con un derecho o facultad que le otorga el Estado, ya que el sujeto está actuando para proteger los valores que la ley contempla y es justificable, en cambio la del agresor no es justificable ya que está atacando sin justificación, ni razón. El estado de necesidad, se traduce como una situación de peligro en la cual los bienes tutelados por el Estado se ven amenazados y cuya protección requiere el violar otros bienes también protegidos por el Estado, pero no tan importantes como los que se encuentran amenazados, por lo cual éste difiere de la defensa legítima al entenderse que el primero es un ataque real y la segunda es una respuesta a un ataque. El ejercicio de un derecho, son las órdenes acatadas y ejecutadas por enmienda de la propia Ley o en el ejercicio de los derechos que ésta confiere. El consentimiento del bien jurídico tutelado opera siempre y cuando el titular haya otorgado su consentimiento anteriormente a la realización de la acción que vulnere sus bienes.

En ámbito jurídico, la legislación del Código Penal del Estado de México establece que:

*Artículo 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:*

*I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;*

*II. Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;*

*III. Las causas permisivas, como:*

*a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: 1. Que se trate de un delito perseguible por querrela; 2. Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y 3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.*

*b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.*

*c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y*

*d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado*

*para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.*

Por lo que se concluye que la antijuricidad es la conducta contraria a lo que establecen las normas jurídicas en un Estado y que en su caso de este elemento del delito, su aspecto negativo son las causas de justificación; que son los elementos que la ley consideró para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada, al estimar lícita, jurídica o justificativa. Entre estas causas de justificación tanto los doctrinarios como la ley establecen:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Ejercicio de un derecho.
- d) Cumplimiento de un deber.
- e) Consentimiento del titular del bien jurídico.

### **Culpabilidad y causas de inculpabilidad.**

En base a este elemento los doctrinarios opinan de la siguiente forma:

*“Para entender el concepto de culpabilidad primero tenemos que presuponer que el sujeto activo es imputable, es decir, que goza de la edad exigida y de la plena capacidad mental; en segundo lugar, sabe que el hombre goza de libre albedrío, por lo que la libertad es de ser humano es tal que está en condiciones de valorar muchas alternativas antes de tomar una decisión. El hombre puede decidir (con la libertad que goza) y tiene la capacidad de distinguir qué es bueno y qué es malo, pues es un ser pensante”<sup>35</sup>.*

La culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. Es por ello que el sujeto en primer plano debe de tener capacidad mental plena y libre albedrío para valorar las alternativas de solución antes de actuar y que en caso de que su decisión sea mala éste por las características antes mencionadas se presupone que tiene la capacidad de decidir lo bueno de lo malo pues es un ser pensante.

*“El segundo requisito para ser culpable, es la llamada exigibilidad de otra conducta, donde se analiza el tema de la libertad y las alternativas con que cuenta el sujeto en la toma de una decisión; la libertad de decidir correctamente muestra en el ser humano la capacidad para distinguir valores, o sea, lo bueno de lo malo, y en este punto hay que tomar en cuenta que solamente el órgano jurisdiccional es el que puede intervenir para reprochar al sujeto por su conducta alejada de los*

---

<sup>35</sup> PÉREZ, Sara Op. Cit. p.81.

*parámetros o valores aceptados y reconocidos como correctos, de acuerdo a las normas de culturas generales, a las costumbres, al contexto histórico, al país, etc<sup>36</sup>”.*

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo. Como anteriormente se ha descrito, el requisito para ser culpable es la toma de decisión que realizó el sujeto al momento de cometer el delito, basándose en los valores, las normas de la sociedad en la que vive, las costumbres, el contexto histórico y el lugar en donde radica y todo aquello que vive a su alrededor.

*“La tercera cuestión en este tema es la llamada noción de antijuricidad... La persona capaz mentalmente, tiene noción aunque sea la más mínima, de qué es lo bueno y qué es lo malo y el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, existiendo un grupo de valores universalmente conocidos y aceptados acerca de lo que se debe y lo que no se debe hacer<sup>37</sup>”.*

La culpabilidad es vista como una noción de antijuricidad en la cual una persona con capacidad mental tiene noción básica de qué es lo bueno y qué es lo malo y como queda estipulado en la Ley, el desconocimiento de ésta no exime su cumplimiento, y el comportamiento y las decisiones que te lleven a éste deben basarse en los valores universalmente conocidos.

*“La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad. El sujeto activo perpetra una conducta típica, antijurídica, pero tendrá a su favor alguna de las causas de inculpabilidad que expresamente la ley penal establece, así, en materia federal, las causas de inculpabilidad son el error invencible y la no exigibilidad de otra conducta, además del caso fortuito que realmente se sale de los límites de la culpabilidad<sup>38</sup>”.*

La inculpabilidad como se menciona es el aspecto negativo de la culpabilidad, se justifica cuando la persona que comete el delito actúa en base a una conducta típica, antijurídica pero si al cometer la infracción a la norma se encuentra bajo una causa de inculpabilidad esta conducta será exonerada, las causas de inculpabilidad que marca el autor es error invencible, la no exigibilidad de la conducta y el caso fortuito, que éste último según la consideración del autor se sale de los límites de la culpabilidad.

*“En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”, comprendiendo por ello la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa WELZEL, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en acto culpable<sup>39</sup>”.*

La culpabilidad es un acto que contraviene la ley, por lo que ante ésta, la conducta que opera bajo conciencia de que se está actuando contra los valores y las

---

<sup>36</sup> **Ibídem.**

<sup>37</sup> **Ibídem.**

<sup>38</sup> **Ibídem.**

<sup>39</sup> **PAVÓN**, Francisco, Op. Cit. p.361.

normas debe ser castigada, ya que se convierte en un acto de voluntad ejecutada por el sujeto por lo que es un acto culpable y punible.

*“Por tanto sus elementos son los siguientes:*

*I. La imputabilidad, tratada por nosotros en este mismo capítulo,*

*II. Las formas de culpabilidad, dolo y culpa, consideradas por algunos, como SAUER, partes integrantes de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y*

*III. La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.*

*Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:*

*a) El error, y*

*b) La no exigibilidad de otra conducta.*

*Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo<sup>40</sup>”.*

Como se hizo referencia anteriormente, el lado negativo de la culpabilidad es excusa de ésta, y ante la presencia de una exclusión de culpabilidad el delito quedaría inexistente ya que desaparecería la culpabilidad del sujeto frente al delito cometido por éste. Se toman como exclusión de la culpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta, entendiéndose la primera como el desconocimiento o el conocimiento falso de la antijuricidad de la conducta delictiva, mientras que la no exigibilidad de otra conducta se entiende como la falta de libertad en el comportamiento del sujeto activo que se puede ejemplificar cuando bajo órdenes de tus superiores debes acatar a realizar una acción aún y en contra de tu voluntad pero que por no tener otra opción accedes de manera forzada a realizarla por tratarse de una orden jerárquica.

*“La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra:*

*a) Conducta (acción u omisión).*

*b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.*

*c) Resultado previsible y evitable.*

*d) Tipificación del resultado.*

*e) Nexa o relación de causalidad<sup>41</sup>”.*

Por lo que se puede deducir en esta definición a la culpabilidad como la consecuencia o el resultado que existe entre la voluntad del sujeto al realizar la acción y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, es decir, que si el sujeto activo en este caso tomaremos como ejemplo al padre que no ostenta la

---

<sup>40</sup> **Ibídem.**

<sup>41</sup> **AMUCHATEGUI**, Griselda, Op. Cit. p.91.

custodia del menor, sabe que al sustraer al menor de su hogar sin permiso de quien sí la ostenta está cometiendo delito y al realizarlo de todas formas se hace culpable, puesto que de forma culposa está actuando aún y sabiendo las consecuencias que atraerá su acción.

*“Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento:*

- a) Error esencial de hecho invencible.*
- b) Eximentes putativas.*
- c) No exigibilidad de otra conducta.*
- d) Temor fundado.*
- e) Caso fortuito<sup>42</sup>”.*

En el ejemplo anterior el sujeto activo actuó con culpa, pero si las circunstancias que lo llevaron a actuar así están contempladas dentro de las causas de inculpabilidad que contempla la ley, entonces estaríamos ante una causa de justificación por lo que su conducta delictiva no sería castigada, dentro de las causas de inculpabilidad que manejan normalmente los doctrinarios y la ley punitiva es el error esencial del hecho invencible, las eximentes putativas, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado y el caso fortuito.

*“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por la falta de voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.*

*Error invencible.*

*ERROR. Es la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto.*

*IGNORANCIA. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.*

*Error de hecho. El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición.*

*Error esencial. Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo.*

*a) Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pesar del error.*

*b) Error esencial invencible. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de inculpabilidad.*

*Error accidental. Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.*

*Conclusión: es causa de inculpabilidad únicamente el error de hecho, esencial invencible<sup>43</sup>”.*

Se entiende por tanto, que la inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, o sea que, es la falta de reprochabilidad que tiene el sujeto ante el Ley penal, ya sea por la falta de voluntad del sujeto activo o por el conocimiento del hecho, por lo que se resume que no puede ser culpable de un delito quien no es imputable. En cuanto al error se tienen varias vertientes pero de manera general se entiende a éste como la falsa concepción que se tiene sobre la realidad, no es falta de conocimiento sino uno incorrecto o mal informado, ya que la ignorancia se entiende por tanto como el desconocimiento absoluto de la realidad y del conocimiento.

---

<sup>42</sup> **Ibídem.**

<sup>43</sup> **Ibídem.**

*“No exigibilidad de otra conducta.*

*Cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc., de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento<sup>44</sup>”.*

La no exigibilidad de otra conducta es cuando se produce un resultado típico ya sea por las circunstancias o condiciones, parentesco o relación de la persona y que no se pueda esperar un comportamiento diferente de ésta o en su caso exigírsele uno contrario al que normalmente realiza, es decir, un individuo con capacidad de conocer la antijuricidad de su comportamiento, ejecuta un hecho típico y antijurídico, dicha ejecución tiene lugar cuando el sujeto en cuestión se halla sometido a la presión de factores externos que le impulsan fuertemente a la misma y que, por tanto, se contraponen aquel otro factor en el que el derecho se fundamenta para castigar al sujeto, por lo que los factores externos que motivan a que el sujeto incida en la conducta delictiva hacen que su actuar sea justificable ya que si otros sujetos estuvieran en esa situación realizarían la misma acción por verse presionados en la misma situación ante lo cual el derecho aunque no lo autorice tampoco puede exigir que no lo haga ya que el motivo de que el sujeto realice esa acción no es por voluntad propia sino por los medios externos que lo presionan.

*“Temor fundado.*

*Consistía en causar un daño por creerse el sujeto fundadamente amenazado de un mal grave, por lo que actuaba por ese temor, de modo que se originaba una causa de inculpabilidad, pues se coaccionaba la voluntad<sup>45</sup>”.*

El temor fundado se entiende cuando un sujeto al sentirse amenazado gravemente se ve en la necesidad de actuar impulsivamente causando un daño en reacción a ese temor o esa sensación de peligro en la que se sentía el sujeto por lo que su voluntad al actuar no es libre sino se ve coaccionada por el temor, por lo que es un justificante ante la ley punitiva por lo cual se queda sin castigo cuando se actúa en consecuencia al temor fundado.

*“Caso fortuito.*

*Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas<sup>46</sup>”.*

Nos describe que aquellas actividades que por accidente terminan causando un daño en la cual no existe intención alguna de hacerlo o que por imprudencia se produjera se define como caso fortuito, ya que el sujeto no contempla realizar una acción ilícita sino que en su actuar cotidiano y sin intención de dañar comete una conducta que termina siendo un delito.

En el marco legal la legislación Penal del Estado de México lo contempla de la siguiente forma:

---

<sup>44</sup> **Ibídem.**

<sup>45</sup> **Ibídem.**

<sup>46</sup> **Ibídem.**



Artículo 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

...

*IV. Las causas de inculpabilidad:*

*a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.*

*b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:*

*1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;*

*2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.*

*c) Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho ilícito con todas las precauciones debidas.*

Por lo que se concluye que existe la culpa cuando quien comete un acto antijurídico lo hace de forma culpable pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho.

Por tanto: 1. Se es culpable porque se es imputable (capacidad de culpabilidad).

2. Porque el sujeto entiende que está cometiendo un acto ilícito.

3. Porque el sujeto activo no tiene a su favor ninguna de las causas de inculpabilidad.

Y el aspecto negativo de este elemento son las causas de inculpabilidad dentro de las cuales se encuentran:

*a) Error esencial de hecho invencible.*

*b) Eximentes putativas.*

*c) No exigibilidad de otra conducta.*

*d) Temor fundado.*

*e) Caso fortuito.*

Que se definen como las eximentes que la ley contempla para contemplar cómo no punible al que comete el hecho ilícito.

### **1.2.3. Punibilidad y excusas absolutorias.**

Cuello Calón, considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo. Guillermo Saucer, dice que la punibilidad "es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del Derecho".

Por su parte Ignacio Villalobos, tampoco considera a la punibilidad como elemento del delito, ya que el concepto de éste no concuerda con el de la norma jurídica: "Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y

conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles".

El aspecto negativo de la punibilidad se llama excusa absolutoria. Jiménez de Asúa dice que son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente infractor de la norma jurídica. En razón a este elemento del delito y para enunciar otras apreciaciones sobre éste, citaremos algunos autores y a la legislación del Estado de México:

*"Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"<sup>47</sup>.*

La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran señaladas en nuestro Código Penal, que es la forma en la que el Estado amenaza y castigar aquellos que atenten o que violen las reglas consignadas en éste y que lo hace con la finalidad de garantizar el orden social.

*"Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la existencia del delito"<sup>48</sup>.*

La excusa absolutoria implica que existió una conducta típica, pero se excluye la aplicación de la pena establecida para ese delito, es decir, las excusas absolutorias tienen como efecto la determinación de que sí existió la conducta delictiva pero por determinadas razones la ley punitiva considera que no debe aplicarse una pena, ya que éstas no le quitan al sujeto activo su responsabilidad ante la comisión del delito sino que determinan su imputabilidad ante la ley.

*"Punibilidad: Es la amenaza de una pena que establece la ley, para, en su caso, ser impuesta por el órgano jurisdiccional, de acreditarse la comisión de un delito. Cuando se habla de punibilidad, se está dentro de la función legislativa"<sup>49</sup>.*

Se entiende como la advertencia de un castigo que la Ley manifiesta ante la ciudadanía para ser aplicada por medio de su órgano jurisdiccional en caso de acreditarse la comisión de un delito, es decir, es una amenaza que el órgano jurisdiccional encargado de velar por la justicia y el orden social implementa a los

---

<sup>47</sup> PAVÓN, Francisco, Op. Cit. p.453.

<sup>48</sup> *Ibídem*.

<sup>49</sup> AMUCHATEGUI, Griselda, Op. Cit. p101.

ciudadanos para mantener la paz y hacer de su conocimiento que toda actividad ilícita que esté marcada por la Ley será castigada.

*“Punición: La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto. Cuando se está ante la punición, nos encontramos en la fase judicial<sup>50</sup>”.*

La figura de la punición aparece cuando el sujeto que comente un delito ya se encuentra en una fase judicial, en consecuencia de esa actividad delictiva, por lo cual al haberse materializado la ley, le acredita una pena concreta que debe cumplir por haber cometido un delito identificado y enmarcado por la ley de manera concreta, es decir, la punición es la determinación de qué pena se le debe aplicar al sujeto que cometió el delito.

*“Pena: Pena es la restricción o privación de derechos que se ejecutan de manera efectiva en la persona del sentenciado; la pena es, entonces, la ejecución de la punición. Ésta será la fase o etapa ejecutiva. Es cuando el sentenciado queda a disposición de las autoridades administrativas para ser internado en el Centro de Readaptación Social correspondiente<sup>51</sup>”.*

La pena, es la materialización de la punición, es decir, es la etapa en la que se ejecuta la sanción, en la cual el sujeto que cometió el delito debe cumplir con la condena que la ley le impuso por haber infringido la ley y que éste tiene la obligación de cumplirla ya sea en un Centro de Readaptación Social o alguna sanción administrativa como una multa, según sea el caso del delito que haya cometido.

*“Sanción: El término sanción se usa como sinónimo de pena, pero propiamente, ésta corresponde a otras ramas del derecho y llega a ser un castigo o carga que se impone al merecedor de ella, quien quebranta una disposición legal no penal. La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa; por ejemplo, multa, clausura, etc.<sup>52</sup>”.*

Como se hizo mención en el párrafo anterior, la sanción es un sinónimo de pena pero se diferencia de ésta al ser impuesta por una autoridad administrativa como por ejemplo; la multa, clausura, restricción, etc. En cambio, la pena es aplicada únicamente en materia penal, por lo cual, el delincuente al cometer un delito en materia penal se le impondrá una pena no una sanción, sin embargo, el fin de la pena y de la sanción es la misma, castigar al sujeto activo y aplicarle un castigo con el cual pague o reponga el daño que haya causado.

*“Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas o razones, como se verá en cada caso concreto<sup>53</sup>”.*

---

<sup>50</sup> **Ibídem.**

<sup>51</sup> **Ibídem.**

<sup>52</sup> **Ibídem.**

<sup>53</sup> **Ibídem.**

Las excusas absolutorias por otro lado es el fundamento en el cual los legisladores tomaron como estudio y como base para considerar que un delito a pesar de haberse materializado no sea castigado, es decir, carece de punibilidad pues existen razones ajenas a la voluntad del sujeto que lo llevaron a cometer dicho delito y por lo cual dependiendo sea el caso o la razón se le excluye de una pena.

#### **1.2.4. Imputabilidad e inimputabilidad.**

A continuación tomaremos algunas citas bibliográficas para desarrollar a fondo este último elemento y concluir de forma precisa y concreta sobre el mismo.

*“Imputabilidad implica capacidad de entender y querer. La salud mental es un parámetro para suponer que la persona entiende, razona, puede discernir entre el bien y el mal, posee un desarrollo intelectual aceptable de acuerdo a los parámetros fijados por las ciencias médicas, en especial la psiquiatría forense, se trata de una persona estructurada mentalmente, por lo tanto tiene madurez en el plano mental<sup>54</sup>”.*

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión, es decir, un sujeto puede ser imputable cuando él conscientemente razonó y sabía las consecuencias de la conducta delictiva que realizó, por lo tanto frente al Estado y la sociedad, es un sujeto que debe ser castigado por tal hecho.

*“La imputabilidad es un requisito y presupuesto necesario y primario exigido para el juicio de culpabilidad, porque la imputabilidad existe previo a la conducta delictiva: el sujeto imputable quiere (voluntad, elemento volitivo) y entiende (capaz, elemento cognitivo). Sus requisitos:*

- 1. Capacidad de entender (aspecto cognitivo): plenitud mental.*
- 2. Capacidad de querer (aspecto volitivo): autodeterminación, autonomía del ser humano<sup>55</sup>”.*

Como se hace referencia en el párrafo anterior, la imputabilidad es un requisito para determinar la culpabilidad del sujeto y que se presupone primero la imputabilidad previamente a la realización del delito, o sea, el sujeto imputable tiene la voluntad de cometer un delito y tiene la facultad de entender las consecuencias de esa comisión y al realizarlo teniendo conocimiento pleno del resultado y de su castigo se vuelve punible por tanto se le decreta como culpable.

*“La determinación de la inimputabilidad debe ser dictaminada por peritos médicos especialistas, preferentemente en psiquiatría forense y puede basarse en la ausencia o falta de desarrollo mental, que pueden ser permanentes, o que pueden ser trastornos transitorios que privan la mente, al momento de perpetrar el delito<sup>56</sup>”.*

---

<sup>54</sup> PÉREZ, Sara Op. Cit. p.71.

<sup>55</sup> *Ibídem*.

<sup>56</sup> *Ibídem*.

Luego entonces, se entiende que una causa de inimputabilidad es la falta de madurez mental o la ausencia de una consciencia mental al momento en que se materializa el delito, es decir, el sujeto que comete un delito es inimputable cuando por medio de un estudio de psiquiatría se determina que no está mentalmente sano por lo cual su actuar es justificado por su falta de madurez mental, luego entonces, el sujeto no estaba consciente de lo que iba a hacer y no tenía plena consciencia del resultado que daría su actuar ni el castigo que atraería por tal hecho.

*“Casos de inimputabilidad:*

- 1. Minoría de edad. En México se le exige penalmente al sujeto activo del delito tener 18 años cumplidos.*
- 2. Enajenación mental: Falta de salud mental; se les cataloga en la ley procesal federal mexicana como locos.*
- 3. Desarrollo mental retardado: Igual al anterior, debe conllevar inimputabilidad, pues no hay salud mental adecuada; el sujeto no es capaz de comprender el alcance de su acción ni es capaz de dirigir su conducta<sup>57</sup>”.*

Los tipos de inimputabilidad se expresan en la minoría de edad; cuando el delincuente tiene que cumplir con una edad en la que se contempla que ya tiene madurez mental para poder realizar determinadas acciones y que éste ya puede ser castigado en caso de cometerlas, la enajenación mental; es la falta de salud mental que tiene el sujeto activo y que coloquialmente se les conoce en la sociedad como “locos” o “enfermos mentales” y por último el desarrollo mental retardado; se da cuando el sujeto no es capaz de comprender totalmente el alcance de su actuar por lo que éste no puede manejar plenamente su conducta, lo que le atribuye por ende una incapacidad mental retardada.

*“La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Es imputable el quien goza de salud mental, no se encuentra afectado por sustancias que alteren su comprensión y tiene la edad que la ley señala para considerar a las personas con capacidad mental para ser responsables del delito; en la mayoría de los estados de la República Mexicana es a partir de los 18 años<sup>58</sup>”.*

Contrario a la inimputabilidad está la imputabilidad como ya se había hecho mención, ante lo cual se entiende que una persona es imputable porque tiene capacidad de entender y de querer, lo que en materia de Derecho Penal lo hace sujeto de un castigo si comete un delito, ya que éste goza de salud mental, no se encuentra afectado por alguna sustancia tóxica y tiene la mayoría de edad que la ley contempla para ser sujeto de una pena y responsable de un delito.

---

<sup>57</sup> **Ibídem.**

<sup>58</sup> **Ibídem.**

*“La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito de derecho penal. Concretamente, las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.*

*TRASTORNO MENTAL. El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión<sup>59</sup>”.*

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, consistente en la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho. Son aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró. Por lo tanto, ésta implica la capacidad de ser sujeto activo del delito, o sea, no es un comportamiento propio del delito, dentro de las causas de inimputabilidad se encuentra el trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

Entendiéndose el primero como la alteración o el erróneo funcionamiento de las facultades psíquicas que tiene una persona, las cuales le impiden comprender lo bueno y lo malo de un hecho, por lo tanto al realizar determinado delito no está siendo consciente de lo que va hacer ni mucho menos del daño que puede ocasionar al realizarlo, por lo tanto, la ley lo excluye de pena alguna pues se declara que tiene un trastorno mental lo cual lo hace inimputable.

*“DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO. El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad sólo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer<sup>60</sup>”.*

El desarrollo intelectual retardado se entiende como un proceso tardío en la inteligencia de un sujeto lo cual conlleva a una incapacidad mental para entender lo que es permitido y lo que no, así como para tener voluntad propia de decidir su actuar, en este caso se enuncia que si un sujeto es sordomudo y no entiende ni comprende lo que está haciendo será inimputable, pues está actuando careciendo de capacidad alguno para entender y querer.

*“MIEDO GRAVE. El miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave<sup>61</sup>”.*

El miedo grave se manifiesta cuando un sujeto se encuentra en determinada situación de riesgo lo cual le atrae una sensación psicológica de que se encuentra ante un mal inminente o un riesgo prominente, por lo cual actúa de manera espontánea y a la defensiva para proteger y salvaguardar su integridad o sus bienes, ya que mentalmente él se siente asediado y amenazado por lo cual tiene

---

<sup>59</sup> **AMUCHATEGUI**, Griselda, Op. Cit. p.87.

<sup>60</sup> **Idem.**

<sup>61</sup> **Ibídem.**

la necesidad de responder sin pensar claramente sus actos, lo que lo hace ante la ley un sujeto inimputable.

*“MINORÍA DE EDAD. Se considera que los menores de edad carecen de madurez, y por tanto, de capacidad para entender y querer<sup>62</sup>”.*

En nuestro país se determina la mayoría de edad a los 18 años, por lo tanto, todo sujeto que cometa un delito y tenga una edad debajo de los 18 años se determina que es un menor edad y que éste no cuenta aún con la madurez mental suficiente para entender y decidir propiamente su conducta, por lo cual la ley los excluye y los determina inimputables por minoría de edad.

El Código Penal del Estado de México establece lo siguiente:

*Artículo 16.- Es inimputable el sujeto activo cuando padezca:*

*I. Alienación u otro trastorno similar permanente;*

*II. Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria;*

*y III. Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción. Estos padecimientos deben tener como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuricidad o ilicitud de su acción y omisión, antes o durante la comisión del ilícito.*

Para finalizar, nuestro Código Penal Estatal maneja que las causas de inimputabilidad son la alienación, trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria, la sordomudez cuando el sujeto carece totalmente de instrucción, si el sujeto activo del delito padece alguno de estas modalidades será inimputable según lo establecido por el artículo 16 de la ley mencionada a principios de este párrafo.

### **1.3. Sujetos del delito.**

Para que sea posible hablar de la existencia de un delito, es necesaria la existencia de un sujeto que realice la acción delictiva y otro que la sufra, igualmente de un objeto en que recaiga la acción delictiva y un interés que esté jurídicamente protegido.

#### **1.3.1. Sujeto activo.**

El Sujeto Activo del Delito es la *persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica.*

Los artículos gramaticales, "el", "los", "la" nos conducen a deducir que el sujeto activo puede ser cualquiera, lo que nos lleva a los llamados *delitos impropios*, ¿Por qué?, porque son realizados por cualquier persona. Por otro lado, existen delitos que sólo cometen determinadas personas como es: el funcionario público, la madre, el comisionado. Estos se llaman *delitos propios* porque sólo a esas

---

<sup>62</sup> *Ibídem.*

personas se les puede imputar el delito. Al respecto, mostraremos los razonamientos doctrinarios que tienen algunos autores:

*“Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción y omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella después de su comisión (cómplice y encubridor)”<sup>63</sup>.*

Solamente una persona individual puede cometer delitos, aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen sólo en sus miembros integrantes. Sólo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena, por lo tanto si un sujeto participa ya sea en la comisión del delito, intelectualmente o auxiliando a la realización de éste se entenderá como un sujeto activo, el cual deberá responder ante la autoridad correspondiente por su actuar.

El artículo 11 del Código Penal del Estado de México señala quienes son los responsables de los delitos:

**“Artículo 11.-** La responsabilidad penal en el hecho delictuoso se produce bajo las formas de autoría y participación:

*I. La autoría;*

*II. La participación.*

*Son autores:*

*A) Los que conciben el hecho delictuoso;*

*B) Los que ordenan su realización;*

*C) Los que lo ejecuten materialmente;*

*D) Los que con dominio del hecho intervengan en su realización; y*

*E) Los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho.*

*Son partícipes:*

*A) Los que instiguen a otros, mediante convencimiento, a intervenir en el hecho delictuoso;*

*B) Los que cooperen en forma previa o simultánea en la realización del hecho delictuoso, sin dominio del mismo; y*

*C) Los que auxilien a quienes han intervenido en el hecho delictuoso, después de su consumación, por acuerdo anterior”.*

Por lo que se deduce, que el sujeto activo es una persona física con capacidad de razonar y con voluntad propia para realizar una conducta sea con forme a las normas o contraria a éstas.

### **1.3.2. Sujeto pasivo.**

¿Cómo se reconoce al sujeto pasivo en la ley?

---

<sup>63</sup> PAVÓN, Francisco, Op. Cit. p. 167.



En el Código Penal se le reconoce, respondiendo a la pregunta: ¿A quién pertenece el bien o interés protegido?, O sea ¿Quién es el titular del bien? En general un bien o interés pertenece a la persona (colectiva o individual), a la sociedad o al Estado.

Se complementara lo anteriormente expuesto con el siguiente razonamiento doctrinal:

*“Como la ley tutela bienes no sólo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:*

*a) Persona física, sin limitaciones, después de su nacimiento, protegiéndose, además de los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, otros como la paz y la seguridad, la salud, el estado civil, el honor, la libertad y el patrimonio.*

*b) La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer igualmente la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio o el honor de los cuales puede ser titular.*

*c) El Estado, como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva.*

*d) La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública.*

*No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales<sup>64</sup>”.*

El Sujeto Pasivo del Delito es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Pueden ser:

- La Persona Individual. Puede ser sujeto pasivo en los siguientes casos:
  - El concebido en el aborto criminal.
  - Durante su vida en los delitos por ejemplo de infanticidio, en el homicidio.
  - Los “herederos” del cadáver en el delito de profanación de sepulcro.
  - En el robo, en el plagio, en la calumnia, en las injurias, en la violación, etc., la persona individual es sujeto pasivo. Su bien jurídico vulnerado en el robo es su derecho al patrimonio; en el plagio su libertad; su honor en la calumnia; su crédito en las injurias y su pudor en la violación.
- La Persona Colectiva que puede ser lesionado en su fama, su propiedad, su crédito.
- La Sociedad
- El Estado.

“Existe una clasificación del sujeto pasivo en: impersonal y personal.

- Sujeto pasivo impersonal. Tiene lugar cuando el delito recae en una persona jurídica o moral. Por ejemplo: robo a una sociedad anónima.

---

<sup>64</sup> **Ibídem.**

- Sujeto pasivo personal. Ocurre cuando el delito recae en una persona física. Por ejemplo: lesiones.<sup>65</sup>

En base a lo anteriormente citado, se identifica en general al sujeto pasivo como cualquier persona física o moral y en cuanto a su clasificación como lo cita el autor anterior dependerá del delito que se esté cometiendo, en este caso si fuera sustracción de hijo sería un sujeto pasivo personal, ya que el delito de sustracción recae en el menor que es separado de su padre o madre que ostenta su guarda y custodia sin previo aviso.

### 1.3.2.1. Víctima.

La palabra víctima proviene del latín “víctima”, “(Del lat. *víctima*). 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”.

Todas las personas que sufren un delito son víctimas de ese hecho, aunque hayan padecido distintos tipos de daño.

Así también tenemos el concepto que adoptó la Organización de las Naciones Unidas consistente que es importante para los individuos, sobre todo el de la Organización de las Naciones Unidas, en el VI Congreso (Caracas 1980) y el VII Congreso (Hilán 1985), donde se planteó que el término “víctima”, puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que:

- a) *Constituya una violación a la legalización penal nacional.*
- b) *Constituya un delito bajo el derecho internacional, que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente.*
- c) *Que alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupan posiciones de autoridad política o económica.*

*En el VII Congreso de las Naciones Unidas, se llegó a la conclusión de manejar a las víctimas en dos grupos: las víctimas de delitos y los de abuso de poder, mismos que quedaron definidas en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas, en la forma siguiente:*

*A).- Víctimas de delitos (artículo 1º.), “Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia*

---

<sup>65</sup> **ABARCA**, Ricardo. “El Derecho Penal Mexicano”, Ed. Cultural, México, Edición primera, p. 337.

*de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso del poder”.*

*B).- Víctimas del abuso del poder: (artículo 18).- “Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones, físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”.*

Para efectos de este trabajo considero adecuado utilizar el concepto que maneja las Naciones Unidas, pues es un concepto más actual y más amplio el cual permite incluir de manera precisa a quienes se pueden considerar víctimas directas e indirectas y también no sólo de los delitos, sino de otros factores

El Código Penal del Estado de México establece lo siguiente:

**“El artículo 147.-** Para efectos de este Código, se considera víctima:

*I. Al directamente afectado por el delito;*

*II. A las agrupaciones, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que su objeto se vincule directamente con aquellos; y*

*III. A las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen discriminación o genocidio respecto de los miembros de la etnia o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural”.*

Es importante para todos los juristas y estudiosos del derecho, tener un concepto claro de lo que significa el concepto víctima desde el punto de vista jurídico, de ahí que algunos autores hayan escrito en cuanto al contenido de este concepto, por ejemplo para Israel Kraphin, la palabra “víctima” tiene dos significados distintos; por una parte, se refiere al ser vivo sacrificado a una deidad en cumplimiento de un mito religioso o dedicado como ofrenda a algún poder sobrenatural, por otra , la misma palabra se relaciona con la persona que sufre o es lesionada por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias.

Para la Sociología es víctima *“la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción”*. Dentro del campo de la sociología el concepto víctima encuadra en el aspecto real por motivos de los delitos.

### **1.3.2.2. Ofendido.**

El ofendido es, en Derecho penal, la víctima, el sujeto pasivo (persona física o jurídica) sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta típica del

sujeto activo. Estrechamente vinculado al concepto de ofendido se halla el de perjudicado, que es aquél que sufre en su patrimonio los efectos de la acción delictiva, y ejercita la pretensión de reparación del daño causado.

Para abundar en este tema, y concluirlo de forma concreta, citaremos la siguiente tesis:

*“OFENDIDO Y VICTIMA DEL DELITO. Es conveniente precisar que dentro de la técnica del derecho penal no puede identificarse el concepto de la víctima del delito con el del ofendido, pues aunque bien es cierto que en la mayoría de los casos víctima y ofendido se reúnen en una sola persona, no sucede así en otros, sirviendo de ejemplo el homicidio, delito en el cual la víctima se identifica con el sujeto privado de la vida y el ofendido con sus familiares o aquellas personas que se encuentran en relación de dependencia económica con él. También resulta interesante, para los efectos de la sentencia, el precisar que no debe de ninguna manera confundirse el resultado en el delito con el daño causado con el delito y menos aún con los efectos de éste. En sentido amplio, el resultado se refiere a la realización de un estado de hecho en relación al principio de la causalidad, mientras que, en sentido restringido, se le pone en relación necesaria con la acción humana. Mientras por efecto del delito se entiende toda consecuencia, aun el más indirecto o remoto de la actividad humana, el resultado es sólo aquel efecto que tiene relevancia para el derecho penal o sea el que el derecho toma en consideración y a cuya verificación conecta consecuencias de carácter jurídico (consumación del delito o agravación de la pena). En cuanto al daño, se le identifica como un efecto del delito, pero no como un efecto natural sino de naturaleza esencialmente jurídica; así, por ejemplo, Antelaseis estima que aunque en realidad el daño está incluido en el concepto del delito y se identifica con él, según nuestro modo de ver, no hay dificultad ninguna, ni lógica ni práctica en ver las relaciones entre el delito y el daño desde el punto de vista causal y, consiguientemente, en considerar el daño como un efecto del delito, con tal de que quede bien claro que no se trata de un efecto natural, sino de un efecto jurídico del delito mismo. La lesión del interés, aun suponiendo siempre la existencia de un suceso natural, es sin duda un hecho jurídico; por tanto, ninguna crítica puede dirigirse a los autores que consideran el daño precisamente como un efecto jurídico del delito y en general del acto ilícito (La acción y el resultado en el delito, página 126, México, 1959). Tomando como base las ideas apuntadas, con relación al concepto de daño como efecto jurídico del delito y su identidad con el de interés, resulta fácil deducir que tal daño constituye un derecho patrimonial que pertenece tanto a la víctima como al ofendido. Aceptando que la reparación del daño exigible a terceros constituye un derecho patrimonial, por cuanto es apreciable en dinero, se debe recordar que patrimonio es, según la opinión clásica, el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero y formando una universalidad. De tal concepto se infiere que todo patrimonio consta de un activo y de un pasivo, el primero representado por los derechos o bienes y el segundo por las obligaciones o deudas; que el patrimonio es inalienable e imprescriptible y sólo se transmite con la muerte de la persona titular, por lo que el acontecimiento de muerte resulta el instante en que la persona deja de tener posibilidad de acrecentar su patrimonio por ser éste insuperable de la persona misma.*

*Amparo directo 4016/60. José Arévalo Córdova y coagraviado. 18 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.”*

Al reflexionar los extremos de esta tesis se puede deducir que no se debe generalizar que la víctima y el ofendido en todos los delitos recae en la misma persona, ya que como se hizo mención en cuanto al homicidio recae en dos

personas diferentes y en materia de esta tesis se podría decir que en la sustracción de menor también, ya que la víctima se puede identificar como al menor que es sustraído sin permiso de su progenitor que ostenta su guarda y custodia ya que se le está privando de su libertad y de su convivencia con éste y el ofendido sería el padre o madre al cual le es arrebatado el menor sin autorización propia ni por mandato de ley.

*Artículo 148. Para los efectos del presente código, se entiende por ofendido a la persona que individual o colectivamente, haya sufrido indirectamente un daño físico, psicológico, patrimonial o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales a consecuencia de conductas consideradas como delitos en la legislación vigente.*

*Cuando con motivo del delito muera la víctima, se consideraran ofendidos:*

*I. Al cónyuge, concubina o concubinario;*

*II. Los descendientes consanguíneos o civiles;*

*III: los ascendientes consanguíneos o civiles;*

*IV. Los dependientes económicos;*

*V. Parientes colaterales hasta el cuarto grado; y*

*VI. El estado a través de las instituciones de protección a víctimas de delitos.*

Por tanto el ofendido en forma genérica aquella persona física o moral, individual o colectivamente que sufra un menoscabo o algún daño físico, ya sea en su persona, como en sus pertenencias; o alguna violación en sus derechos individuales como ser humano y que dichos daños sean el resultado de una materialización de una conducta delictiva.

## CAPÍTULO II. LA FAMILIA

**2.1. Concepto de Familia. 2.1.1. Teórico. 2.1.2. Jurídico. 2.2. Clases de familia. 2.2.1. Familia Nuclear. 2.2.2. Familia Consanguínea. 2.2.3. Familia Reconstituida. 2.2.4. Familia Uniparental. 2.2.5. Familia de Padres del Mismo Sexo. 2.3. Patria potestad. 2.4. Custodia 2.5. Tutela.**

### **2.1 Concepto de Familia.**

La familia de manera genérica se entiende como aquel grupo de personas formado por aquellos individuos que se unen, primordialmente, por relaciones de filiación o de pareja, tan es así, que desde que nacemos, la familia se constituye como el principal grupo de apoyo y de sostenimiento. Se comienza con la conducta de apego, al nacer, y se termina con la posibilidad que nos brinda la familia de acceder a los recursos que nos ofrece la sociedad.

Esta unión de personas al formar lo que se llama una familia, comparten un proyecto vital de existencia en común que se supone duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia en dicho grupo, en el cual existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.

#### **2.1.1. Teórica.**

Desde el punto de vista teórico autores como Javier Tapia Ramírez, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez nos conceptualizan a la familia de la siguiente forma:

*“La familia es la célula o núcleo de la sociedad; es una institución natural permanente, integrada por un conjunto de personas ligadas por el amor, la ayuda, la sobrevivencia y por vínculos jurídicos cuyo origen es la interrelación sexual y el parentesco<sup>66</sup>”.*

Desde la perspectiva del D. en D. Javier Tapia Ramírez no se necesita que exista una relación consanguínea estrictamente para que pueda formarse una familia, y desde este tenor coincido que para la integración de la familia es suficiente con que los integrantes tengan los mismos fines de convivencia, amor y coexistencia para que se denomine familia.

---

<sup>66</sup> **TAPIA** Ramírez, Javier. “*Derecho de Familia*”. Editorial: Porrúa. Año: 2013. Primera edición, Pag.16.

Desde otro punto de vista tenemos el siguiente razonamiento teórico: “... la define como grupo, esto es, como la organización social básica formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos unidos a ellos por intereses de sobrevivencia: económicos, religiosos, de ayuda, culturales, etcétera<sup>67</sup>”.

De forma que desde el punto de vista teórico existen conceptualizaciones que hacen referencia a que la familia puede ser un grupo de personas que están unidas por afinidad o bien por intereses comunes, entre ellos la convivencia diaria, y este tipo de razonamientos hacen más amplia la definición de familia y no se quedan sesgados a una sola teoría si no que aceptan y reconocen que en la actualidad la familia ya no es necesariamente la que se conforma con individuos ligados por consanguineidad, lo cual hace referencia a los avances sociales en lo que vivimos actualmente.

### **2.1.2. Jurídico.**

Desde la perspectiva jurídica la familia se entiende según el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la siguiente forma: “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En este sentido se entiende que la familia es el sustento de la sociedad, ya que sin la existencia de la familia, la sociedad estaría desorientada y no tendrían el sentido de pertenencia y convivencia, lo que haría que las personas no sintieran interés en convivir de manera pacífica y entablar relaciones para lograr metas o conformar un sociedad identificada por su forma económica, religiosa, histórica, etcétera.

Algunos autores desde el punto jurídico manejan el concepto de familia de la siguiente manera:

“Es el conjunto de personas vinculadas por razones naturales, de matrimonio, de parentesco o por la ley, y sus integrantes deben observar una conducta de consideración, solidaridad y respeto entre ellos, en el desarrollo de sus relaciones familiares<sup>68</sup>”.

---

<sup>67</sup> **BAQUEIRO** Rojas, Edgar, BUENROSTRO Báez, Rosalía. “*Derecho de Familia*”. Editorial: Oxford. Año: 2009. Segunda edición, Pág.6.

<sup>68</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p. 11.

Esta percepción me parece muy acertada a lo que hoy en día definimos como familia, ya que pueden existir varios motivos por los cuales se vincule un grupo de personas y que como características se señale que su convivencia debe ser bajo un margen de respeto, solidaridad y amor entre ellos.

“...grupo formado por la pareja, sus descendientes y ascendientes, así como a otras personas unidas bien sea por vínculos de sangre- a partir del matrimonio y el concubinato- o bien, por vínculos civiles, a las que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones y otorga al mismo tiempo derechos jurídicos, como la adopción<sup>69</sup>”.

Esta definición es más cerrada y nos marca lo que antiguamente se podría considerar como familia, exclusivamente al grupo de personas que estén unidas entre sí por un vínculo de sangre o por uno legal.

El Código Civil del Estado de México en su artículo 4.1 nos enuncia que el concepto de familia es:

*“Artículo 4.1. Las disposiciones d este Código que se refieran a la familia, son de orden e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, libertad y la equidad de género.*

*Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes del grupo familiar, derivado de lazos de matrimonio, concubinato o parentesco.*

*Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares”.*

Por lo que se concluye que la familia es un grupo de personas que pueden estar relacionadas por algún lazo sanguíneo, por afinidad o simplemente el deseo de convivir bajo el mismo techo, con prioridades, objetivos, costumbres, ideas y sentimientos en común, que los lleva a relacionarse entre sí y que forman el centro nuclear de cualquier sociedad.

## **2.2. Clases de Familia**

Derivado de los razonamientos anteriores, en cuanto hace a las diferentes definiciones que se pueden realizar en cuanto a la familia, abordamos este punto

---

<sup>69</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p. 6.



en base a las diferentes clases de familia que existen y qué características tiene cada una.

Antes de exponer las diferentes clases de familia, se explicará qué se entiende por “clase”. En sentido amplio se entiende por clase al grupo de elementos de un conjunto que tiene características comunes, por lo que, se puede concluir que una clase de familia, es aquel grupo de personas que tienen una o varias características en común que las hacen diferentes a otras, por lo que pueden ser conceptualizadas e identificadas de forma especial, frente a otra agrupación de personas.

### **2.2.1. Familia Nuclear**

Se entiende por nuclear: lo que está en el núcleo, en el centro de algo, lo que es principal, lo que es lo más importante de alguna cosa. La familia nuclear, tradicionalmente es conocida por el agrupamiento compuesto por la madre, padre e hijo(s) según sea el caso.

En definiciones doctrinarias a la familia nuclear se le conceptualiza de la siguiente forma:

*“Familia Nuclear, compuesta exclusivamente de la pareja y sus descendientes inmediatos...”<sup>70</sup>* .

Es una definición precisa, que señala que la familia nuclear únicamente se compone por la pareja y los hijos que éstos tengan, por lo que la palabra nuclear se podría comprender como lo central y más relevante del grupo que vendrían siendo los integrantes más próximos y que tengan un vínculo directo e inmediato entre ellos como lo son: los padres y los hijos.

*“... b) La familia nuclear (los padres y los hijos y la familia extensa (todos los parientes consanguíneos y por afinidad)<sup>71</sup>”.*

Por lo que podemos concluir que la familia nuclear se limita únicamente a los integrantes inmediatos, o sea, los padres y los hijos, es una definición acertada desde mi punto de vista ya que para hacer referencia de la palabra nuclear se puede constatar que los hijos y los padres son la base primaria de una familia y el

---

<sup>70</sup> **Ibíd.**

<sup>71</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.16.

agregar abuelos, tíos, primos y sobrinos estaríamos hablando de componentes externos de un grupo.

### **2.2.2. Familia Consanguínea.**

En el contexto biológico y social, se entiende por consanguínea a la persona que es pariente natural de otra por descender de los mismos antepasados. Para fundamentar el razonamiento que antecede, expondré definiciones acotadas por diversos autores:

*“... grupo formado por la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado<sup>72</sup>”.*

Por lo anterior, se entiende por familia consanguínea a los integrantes de un grupo, cuya característica fundamental es la relación que existe entre estos por un lazo consanguíneo o biológico, como lo refiere hasta el cuarto grado, estos integrantes son tomados en cuenta como parte de la familia consanguínea.

*“La familia consanguínea es la que se basa en una relación biológica. Es un tipo de familia formada por parientes de sangre que son la base principal del parentesco<sup>73</sup>”.*

Esta definición no encuadra hasta qué grado es considerado parte de la familia pero deja en claro que son únicamente aquellos miembros que tienen vínculo sanguíneo entre sí los que forman parte de y que su relación es definida como biológica, que es su característica principal. Por lo que se deduce, que la familia consanguínea es aquella en la cual sus integrantes tienen una relación consanguínea especialmente y pueden llegar hasta cuarto grado en línea colateral, en lo que respecta a sus ascendientes y descendientes es ilimitada.

### **2.2.3. Familia Reconstituida.**

Se entiende por reconstituir el volver a constituir una cosa o restablecerla.

---

<sup>72</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.7

<sup>73</sup> **MÉNDEZ**, Errico, Sebastián. <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-familia-consanguinea.html> , Última consulta 22/11/2015.

Por lo que para llegar a una conclusión de qué se entiende por familia reconstituida se expondrán las definiciones teóricas de diversos autores:

*“... es el resultado de la unión (matrimonio o concubinato) de parejas en las que uno o ambos miembros, con anterioridad, ya habían formado otra familia. Generalmente este último tipo de familia se compone por la nueva pareja (padre y madre), los hijos de ambos y los hijos de cada uno procreados con la pareja anterior”<sup>74</sup>.*

Esta definición enmarca de forma muy real la conformación de las familias hoy en día, ya que al divorciarse los cónyuges y quedar en libertad de contraer nuevas nupcias, generalmente éstos se reagrupan con una nueva pareja y en la mayoría de los casos cada pareja tiene hijos de su matrimonio anterior y al unirse nuevamente con otra persona este vínculo los convierte en familia por la convivencia bajo el mismo techo que se da entre éstos.

*“... 3.- Familia reconstituida. Esta prevalece, está conformada por padres divorciados o separados, con hijos en uniones anteriores, debido a las tasas crecientes de divorcio”<sup>75</sup>.*

Desde esta perspectiva se puede concluir que la familia reconstituida es la unión de dos personas que integran a la familia uno o varios hijos cada uno de un vínculo contraído anteriormente y que ahora formará parte del nuevo vínculo en la familia con la adición de los hijos que se lleguen a crear en esta nueva unión.

#### **2.2.4. Familia Uniparental.**

Esta clase de familia es conocida como uniparental o monoparental, hace referencia a la existencia únicamente a un padre o madre dentro de la familia.

Dentro de este contexto los autores dan sus definiciones de la siguiente manera:

*“... Es la compuesta únicamente por uno de los padres, (padre o madre) y sus hijos, como es el caso de las madres o padres solteros, de los divorciados o viudos cuando no contraen nuevas nupcias o se unen en concubinato”<sup>76</sup>.*

Este tipo de familia, también es común hoy en día, al conformarse por uno sólo de los progenitores, puede variar el motivo por el cual uno solo conforme la familia pero lo que caracteriza a esta familia no es la razón por la cual sólo se conforme

---

<sup>74</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.6

<sup>75</sup> Por Redacción / Sin Embargo mayo 24, 2014 - 00:00h. <http://www.sinembargo.mx/24-05-2014/985852> . Última consulta 22/11/2015.

<sup>76</sup> **Idem.**

por un solo padre o madre, sino por la razón anterior, que sólo la integran el padre o madre y los hijos.

*“6. Familia Uniparental. Ésta en particular, la encabezada por una madre sin padre, es considerada como el segundo tipo de familia en el país, al constituir 16 por ciento de los hogares encuestados<sup>77</sup>”.*

En esta definición encuadra únicamente que la familia es compuesta por una madre soltera y los hijos, en este caso, en marca esta definición en una encuesta en la cual arroja que la mayoría de las familias es integrada por una madre soltera y los hijos, ya que en nuestra sociedad es escaso pero no nulos los casos en los cuales esta familia es integrada por un padre y los hijos.

*“ f) La monoparental, que existe con uno solo de los progenitores y en general está formada por la madre y los hijos, excepcionalmente por el padre<sup>78</sup>”.*

Como se comentó anteriormente, son escasos los casos en los que las familias son integradas por un padre y los hijos, ya que generalmente cuando el hombre queda viudo es más probable que vuelva a casarse o cuando se divorcia, en caso contrario pero no improbable, cuando una mujer se divorcia o enviuda puede o no rehacer su vida, por eso es que comúnmente se define este tipo de familia con la madre y los hijos únicamente.

*“Un modelo de familia poco aceptada, pero sin duda existente en la realidad actual, que ha ido ganando espacio como una alternativa dentro de la diversidad. El término homoparental se refiere a las familias cuyos progenitores son personas del mismo sexo<sup>79</sup>”.*

En este sentido y visto las definiciones doctrinarias que anteceden a este párrafo, se concluye que la familia uniparental o monoparental está constituida por los hijos y un padre o una madre según sea el caso.

#### **2.2.5. Familia de Padres del Mismo Sexo.**

Esta clase de familia es también conocida como homoparental, que significa para ambos términos a que los padres de la familia son del mismo sexo, por ello, algunos autores manejan la terminación homoparental para referirse a esta clase

---

<sup>77</sup> Sin Embargo, Op. Cit. <http://www.sinembargo.mx/24-05-2014/985852>

<sup>78</sup> TAPIA, Javier, Op. Cit. p.16

<sup>79</sup> Idem.

de familia y otros como familia de padres del mismo sexo como lo enuncia el subtítulo, a continuación se citarán diversas conceptualizaciones de autores:

“e) *Familia homoparental de los matrimonios entre personas del mismo sexo*<sup>80</sup>”.

Esta clase de familia se considera nueva en la sociedad, ya que en la evolución de la ésta, van cambiando los patrones de conducta, preferencias, asociaciones, relaciones interpersonales e ideales y como consecuencia se derivan nuevas figuras sociales que el derecho debe tomar en cuenta para poder regularlos, controlarlos y protegerlos.

“4.- *Familia de padres del mismo sexo. En cuanto a estos hogares, el porcentaje se ubica en 0.6 por ciento*<sup>81</sup>”.

Por lo tanto, la familia homoparental o familia de padres del mismo sexo, se entiende como el grupo que está integrado por los hijos y cuyos padres son del mismo sexo, en nuestro país y específicamente en nuestro Estado, aún la ley no prevé esta clase de familia, ni mucho menos la unión entre personas del mismo sexo, pero por ser una clase de familia que existe en otros países y por el simple hecho de ser una nueva figura dentro de la sociedad consideré importante enunciarla.

### **2.3. Patria Potestad**

El origen de la patria potestad data en el Derecho Romano y a lo largo del tiempo han tenido una disminución considerable sobre el poder que tienen los padres ante sus hijos, gramaticalmente Patria Potestad proviene del latín *patria potestas*, es decir, potestad del *pater familias*.

La patria potestad es considerada una institución jurídica natural de orden e interés público, que otorga a los padres la potestad de proteger, asistir y representar a sus hijos, en este entendido varios autores han estudiado esta institución y la definen de la siguiente manera:

“La patria potestad es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Se considera un poder concedido a los ascendientes como

---

<sup>80</sup> **ACELA**, Martha Medina, mar 21 ene 2014, 7:07pm, <http://www.elsiglodedurango.com.mx/noticia/487601.familias-homoparentales.html> , Última consulta 23/11/2015.

<sup>81</sup> **Sin Embargo**, Op. Cit. <http://www.sinembargo.mx/24-05-2014/985852> .

*medio para cumplir con sus deberes respecto a la guarda, custodia, crianza (cuidar, alimentar, dirigir, educar) y formación de sus descendientes, por ello, se equipara a una función pública<sup>82</sup>”.*

En este sentido, la patria potestad es considerada una institución de carácter público ya que vela por los integrantes de la sociedad, sobre todo por los más indefensos que en este caso serían los menores de edad y que está en posesión de los padres sobre todo lo relacionado con sus descendientes, desde su crianza hasta su representación legal.

La siguiente definición de patria potestad es expresada de la siguiente forma:

*“Es una relación paterno filial que concede el derecho-deber a los padres para velar por la persona y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad, no se hayan emancipado, o bien, sean incapaces<sup>83</sup>”.*

Desde esta perspectiva se puede apreciar que el autor define a la patria potestad como una institución jurídico natural ya que incluye una definición de carácter natural o biológico de los padres con respecto a sus hijos y la capacidad de éstos, llegando a la conclusión de que el autor considera que es natural que los padres protejan y velen por su desarrollo físico y mental, así como la protección de sus intereses cuando sus hijos no puedan valerse por sí mismos, por alguna incapacidad física o mental, o en todo caso ambas.

Desde otro punto de vista doctrinal se define a la Patria Potestad de la siguiente manera:

*“...el conjunto de deberes, derechos y obligaciones existentes entre los ascendientes y descendientes más próximos, encaminado al cuidado y desarrollo de la persona y de los bienes de éstos durante su menor edad<sup>84</sup>”.*

Desde esta definición doctrinaria se entiende claramente que la patria potestad se sostiene únicamente cuando el hijo o hijos según sea el caso sea menor de edad y que ésta se termina cuando ellos alcancen la mayoría de edad, aunque claro, existen otras hipótesis en cuanto hace a la culminación de la patria potestad, pero tomando en cuenta el ciclo normal de la vida, se podría decir que cuando el menor

---

<sup>82</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.268.

<sup>83</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.394.

<sup>84</sup> **RICO** Álvarez, Fausto, **GARZA** Bandala, Patricio, **COHEN** Chicurel, Mishel, “Derecho de Familia”, Editorial: Porrúa, Año 2013, Tercera Edición.

o los menores alcancen la mayoría de edad sus ascendientes dejarán de poseer la patria potestad sobre de ellos y sus bienes, si llegaran a tener.

Ahora bien, atenderemos una definición legal sobre la patria potestad, según lo estipulado en el Código Civil del Estado de México:

*“Artículo 4.202. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.*

*Artículo 4.203. La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, psicológico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección”.*

Dentro del marco de la ley, da una definición concreta y exacta de lo que es la patria potestad, enmarcando que es la representación que tiene una persona sobre la protección y representación del menor en todos los aspectos sociales, legales, físicos y todo lo que tenga que ver con él, por lo que toma en cuenta nuestra legislación que para que se dé esta figura debe ser un menor de edad.

Una vez definido lo que es la Patria Potestad, atenderemos un punto importante, que es los sujetos de ésta; para lo cual tomaremos como referencia las opiniones de diversos doctrinarios del derecho:

*“Son sujetos activos de la patria potestad los que deben desempeñar el cargo. En nuestro derecho, éstos son el padre y la madre y, a falta de ambos, los ascendientes en segundo grado (abuelos), en el orden que determine el juez de lo familiar... En cambio, son sujetos pasivos aquellos sobre quienes recae el desempeño del cargo, los que se encuentran en situación de subordinación, es decir, los menores de 18 años no emancipados<sup>85</sup>”.*

Esto significa que el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores recaerá en el padre y la madre, aunque estén separados (separación o divorcio). En tal caso la ejercerán de común acuerdo o en los términos de la resolución judicial que lo ordene, define los sujetos activos como aquellos que sustentan la patria potestad y como sujetos pasivos aquéllos sobre los cuales recae ésta.

*En otro contexto doctrinario: “Actualmente corresponde por igual al padre y a la madre, se establece que debe ser ejercitada por ambos y sólo por causas establecidas en la propia ley, por alguno de ellos, esto con fundamento en la igualdad jurídica del hombre y la mujer. Por los abuelos*

---

<sup>85</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.269

*o abuelas, paternos o maternos... con las reformas se decidió que es el Juez el que debe determinar quién de los abuelos o abuelas, paternos o maternos, sean quienes deban ejercerla, siempre tomando en consideración la solvencia económica, ética, moral, estado físico y mental de salud, la aptitud no sólo para proporcionar lo material, o administrar los bienes del menor, si éste los tiene, sino también ético, moral y educativo y sobre todo, lo que más convenga al interés superior del menor, que lo beneficie en su desarrollo para enfrentarse a la vida<sup>86</sup>".*

En este tenor, toma en consideración que corresponde a ambos padres la patria potestad sobre el menor y que únicamente que por alguna resolución enmarcada por la ley se le deberá dar únicamente alguno de éstos y que en caso de que faltaran ambos padres, se le daría a los abuelos paternos o maternos según el criterio del Juez.

*"A. Personas que ejercen la patria potestad*

*Sólo los progenitores y los abuelos del menor pueden ejercer la patria potestad.*

*Respecto al ejercicio de la patria potestad por los abuelos, originalmente la Ley concedía preferencia a los paternos sobre los maternos, sin embargo, dicha preferencia fue suprimida en virtud de una reforma de diciembre de 1974. La Ley dispone que la patria potestad del hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten. B. Personas sobre las que se ejerce la patria potestad. La patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados. En caso de que no exista ascendiente alguno que pueda ejercer la patria potestad, deberá nombrarse un tutor al menor de edad...<sup>87</sup>".*

En cuanto a lo anterior, se enuncia como en párrafos anteriores que la patria potestad se ejerce principalmente por los padres, a falta de éstos da un dato relevante en el cual enuncia que anteriormente se le daba prioridad a los abuelos paternos, pero que a partir de la reforma de diciembre de 1974 la ley dispone posibilidad para ambos abuelos, maternos o paternos el ejercer la patria potestad, también enuncia que en el caso de los hijos adoptivos las únicas personas que pueden ejercer la patria potestad son sus adoptantes y en caso general si no existiera algún ascendiente que pueda ejercer la patria potestad deberá nombrarse a un tutor.

En un contexto jurídico, previsto en el Código Civil del Estado de México los sujetos de la patria potestad son:

*"Artículo 4.204. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden:*

*I. Por el padre y la madre;*

*II. Por los abuelos;*

---

<sup>86</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.401.

<sup>87</sup> **RICO**, Fausto, Op. Cit. p.417.



*III. Por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral.*

*Tratándose de controversia, el juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.*

*Artículo 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.*

*Artículo 4.202. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados”.*

El ordenamiento Civil de nuestro Estado en marca que para los efectos de la patria potestad será ejercida por los padres en primer lugar, a falta de éstos los abuelos y en caso de que no hubiera alguno de los anteriormente enunciados sería algún familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral y que en caso de que exista separación entre los sujetos que ejerzan la patria potestad del menor se resolverá por decisión del juez y deja en claro este ordenamiento que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Con referencia a los sujetos sobre los que se ejerce la patria potestad queda claramente definido que son aquellos menores que no estén emancipados, que sean menores de edad y en su caso sufran de alguna incapacidad ya sea mental o física, por lo cual, una vez estudiados los sujetos participes en la patria potestad, procederemos a estudiar a los efectos que tiene ésta. Para desarrollar el razonamiento anterior, se citarán diversos contextos doctrinarios:

*“Los efectos de la patria potestad se dividen en efectos sobre la persona del hijo y efecto sobre sus bienes. Los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo se refieren en tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ellos como la función protectora y formativa (crianza y educación) que deben llevar a cabo los primeros.*

*En las relaciones personales del menor con quienes ejercen la patria potestad deben imperar el respeto y la consideración mutuos, y en cuanto a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, custodia, manutención, crianza y educación del menor, así como a su corrección dentro de los límites que prevé el segundo párrafo del art. 423 del Código Civil para el Distrito Federal; corrección que implica, para los que ejercen la patria potestad, la obligación de observar buena conducta que sirva de ejemplo al menor y, de ninguna manera, infligir a éste actos de fuerza que atenten contra su integridad física, psíquica o sexual<sup>88</sup>”.*

---

<sup>88</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.272.

En este contexto, se maneja de manera importante los efectos que recaen sobre quienes ejercen la patria potestad del menor, ya que esto implica la crianza y educación formativa del menor, así como la relación de respeto que debe imperar sobre el menor y los padres o en su caso quienes ejerzan la patria potestad. Pero de manera importante se señala que el ascendiente está obligado a cuidar, respetar, proteger, educar, ayudar, alimentar y dar buen ejemplo de vida al menor para que éste no pueda sufrir algún daño y de manera imperante que el ascendiente no puede atentar contra la integridad física, mental o sexual del menor.

*“Los efectos son el contenido de la patria potestad y ésta se divide, principalmente en los siguientes: La custodia y la guarda del hijo menor, no emancipado, que a su vez trae aparejados los deberes y funciones de los padres para su protección, asistencia y educación. La representación de la persona del menor y de sus bienes. La conducta que debe observar el menor sujeto a la patria potestad, que se traduce en los deberes y obligaciones que debe asumir frente a quienes tengan la guarda y custodia o la patria potestad (padres, abuelos o terceros)<sup>89</sup>”.*

Esta definición de los efectos de la patria potestad los contemplan como el contenido de ésta y que como se ha descrito en el párrafo anterior, conlleva los deberes y funciones que los ascendientes tienen sobre el menor y también sobre la conducta que el menor debe manifestar ante éstos.

*“Entre ascendientes y descendientes debe existir respeto, consideración y armonía...”*

*La Ley regula detalladamente la periodicidad y el tipo de cuentas que deben rendir los tutores... en nuestra opinión los ascendientes deberán rendir cuentas siempre que el Juez de lo Familiar encuentre motivos para ello. Asimismo consideramos que deberán rendir cuentas a sus descendientes una vez extinta la patria potestad. Quienes ejercen la patria potestad deben responder por los daños y perjuicios que ocasionan los menores a su cargo derivado de la comisión de hechos ilícitos<sup>90</sup>”.*

En esta concepción de los efectos de la patria potestad contempla que los ascendientes deben de rendir un informe sobre las cuentas de los bienes de los menores siempre y cuando el Juez de lo familiar lo crea necesario, pero también consideran que es importante el que una vez extinta la patria potestad, los que la ejercían deberían de rendir cuentas a los menores sobre sus bienes y la administración que le dieron a éstos y que en caso de que no hubiere sido una

---

<sup>89</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.407

<sup>90</sup> **RICO**, Fausto, Op. Cit. p.420,437.

buena administración los padres o quien ejerciera la patria potestad deberá de responder por los daños y perjuicios que los menores sufrieran sobre sus bienes.

El Código Civil del Estado de México en cuanto a los efectos de la patria potestad establece:

*“Artículo 4.208. Los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos a ella y la obligación de realizar actos tendientes a conservar y mejorar su patrimonio.”*

Nuestra legislación civil encuadra que los que ejercen la patria potestad administrarán legalmente los bienes de los menores sobre los que ejercen la patria potestad pero que éstos deben de realizar actos de administración tendientes a que se mejore y se conserve su patrimonio en el mejor estado posible, ahora bien, para finalizar este subtítulo de la patria potestad, abordaremos las formas de terminación, pérdida, limitación, suspensión y excusa de la patria potestad de forma doctrinal y legal respectivamente.

*“La extinción absoluta, propiamente dicha, refiere a la terminación de pleno derecho de la patria potestad por haber desaparecido los presupuestos legales que conceden la titularidad a quien la ejerce. En el art.443 del CC. dice que la patria potestad se acaba:*

- a) Cuando mueren los progenitores que natural y legalmente son los titulares de la patria potestad, y no hay quien la ejerza, es decir, que también los abuelos paterno y materno han muerto.*
- b) Con la emancipación definitiva del menor de edad por haber contraído matrimonio, ya que, aunque el matrimonio se disuelva o enviude, el cónyuge emancipado que sea menor, no re caerá en la patria potestad ni, en su caso, en la tutela.*
- c) Por haber cumplido la mayoría de edad, es decir, 18 años, ya que a la mayoría de edad el individuo puede disponer libremente de su persona y de sus bienes.*
- d) Con la adopción del menor, siempre y cuando éste haya sido un expósito, es decir, que fue abandonado por sus padres en cualquier lugar dejándolo desamparado y se desconoce si están vivos o han muerto.*
- e) Cuando el que ejerce la patria potestad entrega al menor a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida para que sea dado en adopción, siguiendo el procedimiento establecido ...*

*El efecto de la extinción absoluta de la patria potestad es la desaparición de las funciones, deberes, obligaciones y derechos que se derivan de ella, mientras que la pérdida sólo genera la transmisión del ejercicio. No obstante existe la patria potestad prorrogada, cuando el hijo es mayor de edad convive con sus padres, está estudiando y demuestra su aprovechamiento, los padres deberán cumplir con las obligaciones derivadas de la patria potestad. O bien cuando el hijo cumple la mayoría de edad pero está afectado de sus facultades mentales o en estado de interdicción*

*declarada judicialmente, también se prorroga la patria potestad, y ésta se extinguirá sólo con la muerte del incapaz o que recupere la capacidad, es decir, sus facultades físicas y mentales<sup>91</sup>”.*

En este orden de ideas, la extinción de la patria potestad surge ante la muerte de los ascendientes que ejercían a ésta, la emancipación del menor que era sujeto, la mayoría de edad de éste, la adopción de él cuando se trate de un expósito o cuando el menor sea dado en adopción, los efectos de la extinción es que desaparecen en su totalidad los deberes, obligaciones y derechos que se derivaron en su ejercicio haciendo observación que en caso de pérdida de la patria potestad estas facultades son transmitidas únicamente. Desde otro punto doctrinario nos señala lo siguiente:

*“La terminación de la patria potestad es la extinción de los derechos, deberes y obligaciones que la integran ante la actualización de un supuesto normativo. A continuación analizaremos las causas que ocasionan el fin de la patria potestad.*

- a) Muerte de todos los posibles titulares de la patria potestad.*
- b) Emancipación.*
- c) Mayoría de edad.*
- d) Adopción.*
- e) Entrega del menor a una institución de asistencia para ser dado en adopción.*

*La pérdida de la patria potestad es la privación definitiva de los derechos, deberes y obligaciones que integran por la realización de una conducta prohibida por la Ley.*

*Es importante distinguir la terminación de la patria potestad de su pérdida: la primera extingue las relaciones jurídicas correspondientes respecto de todos los ascendientes; la segunda es una sanción que sólo afecta a uno de los titulares y que no impide su ejercicio por otro ascendiente.*

*El Código Civil no permite la renuncia de la patria potestad, sin embargo, autoriza a los ascendientes respectivos a excusarse. Es importante distinguir la renuncia de la excusa: la primera no requiere expresión de causa, mientras que la segunda debe fundarse en una causa admitida por la Ley<sup>92</sup>”.*

Por lo que se puede decir que la terminación de la patria potestad conlleva a la extinción de los derechos y obligaciones que la ley faculta al que ostenta esta terminación puede darse por supuestos como: la muerte de los titulares que la ostentan, la emancipación que pueda realizar el menor, la mayoría de edad cuando la cumpla el menor, la adopción en la que puede ser dado el menor.

---

<sup>91</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.439.

<sup>92</sup> **RICO**, Fausto, Op. Cit. p.437.

Respecto a esto el Código Civil del Estado de México ordena:

*“Artículo 4.223. La patria potestad se acaba:*

*I. Con la muerte del que la ejerce;*

*II. Con la emancipación derivada del matrimonio;*

*III. Por la mayoría De Edad;*

*IV. Por la adopción;*

*V. Cuando quien ejerza la patria potestad acepto ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada, legalmente reconocidas en los términos previstos por el Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México;*

*VI. Cuando los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin casusa (sic) justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o privadas;*

*VII. Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos”.*

Habiendo razonado las anteriores exposiciones legales y doctrinarias, se concluye de forma precisa y clara, que la patria potestad es una Institución de carácter y observancia pública, ya que los ascendientes deben velar de la mejor manera no sólo por el bienestar de sus descendientes sino también por todo lo que conlleva criar, educar, amar, y velar por los intereses y beneficios de estos, por lo que la esta Institución es un deber y un derecho para aquellos que lo ostentan y no sólo un poder sobre los menores y que como lo contempla nuestra legislación se acaba con la muerte de quienes la ejerzan, el que contraiga matrimonio el mejor sujeto de ésta, cuando llegue a la mayoría de edad el menor, la adopción, la entrega de éste a las instituciones de asistencia pública o privada, cuando se traten de menores expósitos.

## **2.4. Custodia**

En el latín es donde se encuentra el origen etimológico del término custodia que ahora nos ocupa, emana de “custodia”, que significa “guarda” y que, a su vez, emana, de “custos”, que puede traducirse como “guardián”, ahora bien, para llegar a una definición concreta de custodia, se procederá a mencionar algunas definiciones doctrinales y legales de custodia y sus características.

*“Custodia se trata de la acción y efecto de custodiar (guardar con cuidado y vigilancia). Cuando una pareja con hijos decide ponerle fin a su matrimonio es cuando empieza a utilizarse, por aquella y por sus abogados, la palabra custodia. En muchos casos lo que se establece por parte del juez*

es lo que se da en llamar custodia compartida, es decir, ambos padres tendrán la posibilidad de vivir durante el periodo correspondiente al mes con los hijos.<sup>93</sup>”.

Esta Institución a diferencia de la anterior, se distingue en que aparece hasta que los padres rompen el vínculo matrimonial y el juez en principio la otorga a ambos padres y sólo en casos que prevé la ley como se verá más adelante se le otorgaría a uno sólo de los padres, la custodia se refiere a cuidar y proteger al menor que es sujeto de ésta.

*“En rigor jurídico, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad a pesar de que el código civil y la jurisprudencia las tratan como independientes. En la determinación de la custodia de los (las) menores los tribunales deberán guiarse por el bienestar y los mejores intereses del (la) menor. Definición de Custodia Compartida: Implica el arreglo mediante el cual los (las) niños(as) pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro. Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sólo tener contacto con el otro equivalente a las visitas, hasta dividir el tiempo entre los padres ya sea por semanas o por meses<sup>94</sup>”.*

La custodia la describen como algo inherente a la patria potestad y que ésta es determinada por los Jueces para determinar en cuál de los padres va a recaer o bien, en la mayoría de los casos se comparte entre ambos y se trata del cuidado y de la vigilancia que tienen los menores por parte de sus ascendientes inmediatos.

El Código Civil del Estado de México contempla esta figura de la tutela en los siguientes artículos:

*“Artículo 4.228. Cuando solo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicaran las siguientes disposiciones:*

*I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor; II. Si no llegan a algún acuerdo, el juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinara:*

- a) Los menores de diez años quedaran al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;*
- b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;*
- c) Los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si estos no eligen el juez decidirá.*

*Medidas precautorias en el divorcio”.*

---

<sup>93</sup> [Definición de custodia - Qué es, Significado y Concepto](http://definicion.de/custodia/#ixzz3sRAEOv7K) <http://definicion.de/custodia/#ixzz3sRAEOv7K>, Última consulta 24/11/2015.

<sup>94</sup> <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/custodia.htm> , Última consulta 24/11/2015.

La normatividad civil nos marca que los o quien que ostente la patria potestad convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor y en el indebido caso de que no llegaran a un común acuerdo el Juez decidirá cuál de ellos la tendrá.

*“Artículo 4.95.-.... III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia provisional de los hijos se decretará por el Juez debiendo escuchar a ambos progenitores, a las hijas o hijos y a cualquier otro interesado, en función del interés superior de niñas, niños y adolescentes y de los sujetos a tutela. El Juez actuará de la misma manera para determinar el régimen de convivencia”.*

El artículo que antecede nos da referencia que en el supuesto de que los cónyuges no estuvieran en común acuerdo en cuál de los dos fuera titular de la custodia, el Juez escuchará a ambos padres, a los hijos o cualquier interesado en ésta, velando siempre la autoridad por el interés y el bien mayor de los hijos en primer término sobre de quien conceda la custodia de los hijos y bajo qué términos se van a ejercer.

Luego entonces, desde el razonamiento y estudio de las definiciones doctrinales y legales mencionadas anteriormente se puede concluir que; la guarda y custodia de los menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba y ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores.

## **2.5. Tutela**

La tutela ha sido definida por la Real Academia como “Autoridad que en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que por minoría de edad o por otra cusa no tiene completa capacidad civil”.

Haremos un desarrollo de esta Institución que es la tutela, desde el punto de vista teórico y legal.

*“La palabra tutela proviene del latín tueor, que significa defender, por lo tanto, su esencia es la protección. En términos generales consiste en la función que la ley impone a las personas capaces para atender a las personas y bienes de los incapaces, con lo que se salvaguarda su seguridad personal, la de sus bienes y la realización de los actos jurídicos que su vida demanda.*

*La tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, la protección y representación de los menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados, así como de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos.*

*No obstante, la tutela se diferencia de la patria potestad por ser un derecho legal organizado por el derecho positivo sobre la base de la solidaridad social, mientras que la patria potestad es un efecto natural (biológico) organizado de manera legal<sup>95</sup>.*

Bajo este orden de ideas nos dejan entrever que la custodia es la facultad que la ley otorga a los padres para que atiendan y salvaguarden la seguridad personal de sus hijos, sus bienes y representarlos en los actos jurídicos que su vida demanda hasta que éstos sean capaces de velar por sí mismos y en este sentido la tutela es un derecho legal organizado por el derecho positivo.

Otros doctrinarios ven a la tutela desde esta perspectiva:

*“Tutela del latín tutela que a su vez deriva del verbo tuer cuyo significado es defender o socorrer, lo que da una idea de custodiar o proteger. Jurídicamente es una institución de orden e interés público impuesta por la ley, lo que confiere a una persona (física o jurídica) la función o potestad legal para que proteja la persona y los bienes del menor y/o incapacitados, que no estén sujetos a la patria potestad paterno-filial, en el ejercicio de sus múltiples relaciones jurídico-civiles<sup>96</sup>”.*

Desde esta perspectiva la tutela es una institución otorgada a una persona capaz y con el perfil adecuado ante la ley para que defienda y proteja al menor o incapacitado, así como a los intereses de éste ya que su significado en latín se traduce como el defender o socorrer.

*“La tutela es un figura encaminada al cuidado de la persona y de los bienes de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad y de los mayores que han sido declarados en estado de interdicción<sup>97</sup>”.*

Dentro de esta definición se entiende como una figura que tiende al cuidado de aquellos sobre quienes recae esta institución, quienes en este caso serían los menores de edad sobre los cuales no se encuentran sujetos a la institución de la patria potestad y de aquellas personas que han sido declarados por la ley como personas en estado de interdicción.

Una vez analizados las definiciones doctrinales, el Código Civil del Estado de México establece que:

---

<sup>95</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.286,287.

<sup>96</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.443.

<sup>97</sup> **RICO**, Fausto, Op. Cit. p.420,447.



*“Artículo 4.229. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y de sus bienes, respecto de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidara preferentemente de la persona de los incapacitados”.*

Por lo que se puede resumir que la tutela es el derecho o responsabilidad que una autoridad recibe para velar por un individuo menor de edad, o que no puede cuidarse a sí mismo, como los discapacitados, y sus bienes. La tutela es dar amparo, cobijo, protección y asistencia, y eso es lo que sucede cuando los niños son huérfanos, o no tienen padres presentes, o incluso no tienen una familia.

Una vez aterrizado la definición y el análisis de lo que es la tutela, analizaremos a los sujetos de ésta, sus elementos y las diferentes clases de tutela que existan, desde la perspectiva doctrinaria.

*“Son sujetos de la tutela:*

- a) El tutor o tutores, sujeto activo de la misma, obligado a desempeñar el cargo. La persona física designada por el interesado ante notario público, por testamento, ley o juez de lo familiar para representar y proteger a los incapaces en su persona y en la administración de sus bienes patrimoniales; o la persona moral pública prevista por la ley, o privada sin interés lucrativo, interesada en la protección y atención de los menores y los mayores de edad incapacitados que no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad.*
- b) El pupilo, sujeto pasivo de ella. Los menores y mayores incapaces, sometidos a la tutela, sujetos de representación y cuidado de su persona y bienes<sup>98</sup> “.*

Dentro de la institución de la tutela se encuentran dos sujetos que dan vida a esta figura, de la cual se entendió que el tutor es sujeto activo dentro de ésta, que sería la persona física designada ante la ley para proteger a los incapaces en su persona o a los menores, quien tiene que estar interesada en la protección y el cuidado de éste y sus bienes y por otro lado el sujeto pasivo que lo enuncian como el pupilo que por ende sería el menor o el incapaz que está sometido a la tutela y quien es el sujeto de representación y cuidado tanto de su persona como de sus intereses.

Existen diferentes tipos de tutelas, entre las cuales destacan:

*“La tutela cautelar.*

---

<sup>98</sup> **BAQUEIRO**, Edgar, Op. Cit. p.287.

*Constituye el derecho que la ley otorga a toda persona capaz para que en el ejercicio libre de su voluntad, de manera preventiva, pueda emitir disposiciones con las formalidades de la ley, frente a su propia incapacidad, nombrando anticipadamente ante notario público y que conste en escritura pública, al tutor o tutores que se encargaran de su persona y de su patrimonio<sup>99</sup>.*

Este tipo de tutela se da cuando la persona sujeto de ésta de forma preventiva designa ante notario público la persona que se encargará de éste y de sus bienes en caso de que sufriera alguna incapacidad para que pudiera éste por sí mismo valerse de su persona y de la administración de sus bienes.

*“La tutela testamentaria.*

*Es el derecho que la ley otorga a los ascendientes que ella misma autoriza para que establezcan la tutela por testamento, a fin de que surta efectos a su muerte. Esta tutela recae, de manera exclusiva, en los sujetos a la patria potestad o sobre los mayores incapacitados<sup>100</sup>”.*

En esta figura se recurre a que sus efectos ocurran después de la muerte de quien suscribe el testamento y quien autoriza en éste a la persona sobre la cual recaerá la ostentación de la tutela sobre los sujetos ya sean menores de edad o los mayores que se encuentren incapacitados.

*“La tutela legítima.*

*Es la que procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad, a falta de designación de tutor cautelar, de tutor testamentario o habiéndolos no puedan temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hay sustitutos, o bien por causa de divorcio, y se confiere por ley a los parientes del menor a quienes no les corresponde ejercer la patria potestad y a los parientes del mayor incapacitado que haya salido de la patria potestad<sup>101</sup>.”*

Esta figura aparece cuando no existe quien ejerza la patria potestad y a falta de un tutor cautelar o de otra índole se confiere por ley a los parientes del menor o del incapaz a los cuales no les corresponde ejercer sobre éstos la patria potestad, previendo que para llegar a tal extremo no se encuentren en aptitud los familiares cercanos que prevé la ley para que sean sujetos activos de esta institución.

*“La tutela dativa.*

*Es la que se establece por disposición del juez, a falta de las tutelas cautelar, testamentaria y legítima. Presupone que no existe tutor cautelar ni tutor testamentario ni suspendidos*

---

<sup>99</sup> **Ibídem.**

<sup>100</sup> **Ibídem.**

<sup>101</sup> **Ibídem.**

*temporalmente para ejercer el cargo, ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima<sup>102</sup>*”.

Y por último se encuentra la tutela dativa, que como bien se menciona en el párrafo anterior, se establece por disposición de la autoridad responsable a falta de un tutor que pueda suscitarse dentro de las hipótesis que enmarcan la tutela cautelar, testamentaria y legítima, por lo cual en el último de los casos es el Juez quien decide.

Para finalizar el presente subtema de la Tutela, enunciaremos qué es lo que pone fin a ella desde una perspectiva doctrinal.

*“Separación del cargo de tutor.*

*La separación del tutor puede entenderse como el acto jurídico por el que se destituye, remueve o aparta del ejercicio de la tutela por haber efectuado alguna causa o causas que hacen que no merezca ser digno de desempeñar el delicado encargo de cuidar, proteger al menor y sus bienes<sup>103</sup>*”.

Dentro de los parámetros que ponen fin a la tutela se encuentra la separación del cargo del tutor, la cual se entiende como el acto jurídico por el cual se destituye del ejercicio de ésta por haber dado motivo alguno que no encuadre con la protección y bienestar del menor y sus bienes.

*“B. Suspensión del cargo de tutor.*

*El tutor quedará suspendido del ejercicio de su cargo cuando esté sujeto a un proceso penal por el que deba estar bajo prisión preventiva o cuando se encuentre extinguiendo una pena privativa de libertad.<sup>104</sup>*”

Otra forma y no definitiva de poner fin al ejercicio de la tutela es la suspensión del cargo, en el cual el sujeto activo, o sea, el tutor, queda suspendido del ejercicio de sus facultades dentro de esta institución porque es sujeto de un proceso penal que se lleva en su contra y por el cual deba estar en prisión de manera preventiva o en su caso de forma definitiva.

*“C. Terminación de la tutela*

---

<sup>102</sup> **Ibídem.**

<sup>103</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.477.

<sup>104</sup> **RICO**, Fausto, Op. Cit. p.509.

*La tutela puede terminar por tres causas: por la muerte del pupilo, por la desaparición de su incapacidad o por su sujeción a patria potestad<sup>105</sup>.*

Y para finalizar, existe la figura que indica que la tutela termina definitivamente por tres causas: la muerte del tutorado (sujeto pasivo), por la desaparición de su incapacidad (si fuera el caso, por el cual se encontraba dentro de esta figura) y por ser sujeto nuevamente de encontrarse bajo la patria potestad.

Por lo que se concluye que la Institución de la tutela puede ser conferida a alguien por la Ley o a través de un testamento, y puede ser para administrar bienes y dirigir o cuidar de un menor de edad, así como representarle y confirmar que siempre velan por él, que recibe apoyo, amparo, protección, defensa, etc. En el caso de un niño, la tutela o la custodia puede ser asumida por cualquier pariente del niño o adolescente, o incluso una persona próxima, desde que demuestre que es idónea y de buena reputación, y que no tiene ningún tipo de interés, sólo velar por el niño o adolescente.

El órgano ejecutivo de la tutela es el tutor, que tiene facultades de representación del menor. El concepto de tutela consiste en las acciones, las funciones o las obligaciones de un tutor o tutor legal. Un individuo puede verse incapacitado de ejercer la tutela de otro individuo, por ejemplo, al ser excluido directamente de ese cargo por los padres de este a través de un testamento, al no poder ser tutor por una enfermedad, al haber sido condenado por un delito contra la familia, o al estar cumpliendo condena.

La tutela que ostenta una persona sobre un individuo acaba por resolución judicial, por la recuperación de la patria potestad del progenitor o de los progenitores, por fallecimiento del individuo, por su adopción, siendo menor, o por la mayoría de edad de éste.

---

<sup>105</sup> **Idem.**

## CAPÍTULO III. SUSTRACCIÓN DE HIJO

**3.1. Concepto. 3.2. Tipos de Hijo. 3.3. Matrimonio. 3.4. Divorcio. 3.5. Kidnapping.**

### **3.1. Concepto de Sustracción de Hijo.**

Para realizar una adecuada definición de lo que es la sustracción de hijo, tema del presente capítulo, empezaremos por definir de manera separada lo que es la sustracción.

*"El delito de sustraer se concibe como el simple traslado del menor a un lugar distinto de aquél donde se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal se refiere<sup>106</sup>".*

En este sentido, nos maneja la palabra sustracción como una acción de separar algo o a alguien de aquello a lo que pertenece, sin permiso o sin voluntad del propietario o de la persona que posee el derecho de tener al objeto o a la persona involucrada. Ahora bien, para la definición de sustracción de hijo, el Código Penal del Estado de México lo contempla de la siguiente forma:

*"Artículo 263. Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aun sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.*

*Este delito se perseguirá por querrela".*

En base a la definición que brinda el Código Penal del Estado de México, podemos aludir que ya se toma en cuenta que la acción de apoderarse del menor sin consentimiento de quien posee la custodia ya es considerado una violación tanto al derecho de quien ostenta la custodia como del menor que es separado de éste.

Por su parte, Eusebio Gómez considera que *"la expresión genérica sustracción cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación porque, en realidad, por defecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas aunque no medie traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha<sup>107</sup>".*

---

<sup>106</sup> <http://www.monografias.com/trabajos37/sustraccion-menores/sustraccion-menores.shtml#ixzz4lrrFM5ky> , última consulta 30/08/2016.

<sup>107</sup> GÓMEZ, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", T. III, 1940, Ed. Cía. Argentina de Editores, 1940, pág. 358.

En cuanto a lo que refiere el autor antes citado, coincide con la definición que encuadra el Código Penal del Estado de México ya que se menciona que la sustracción de hijo conlleva dos características que son: es la ocultación y retención. Por lo que se puede concluir que la Sustracción de Hijo, es la acción de retener, ocultar y separar al menor de aquella persona que posee su guardia y custodia.

### 3.2 Tipos de Hijo

Para abordar el tema del presente subtítulo, es necesario empezar por definir la filiación.

*“La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de acto jurídicos. Se distingue entre filiación legítima o matrimonial, filiación natural o extramatrimonial y filiación legitimada o reconocimiento de hijos. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.*

- a) Filiación legítima es la que explicaba como la que nacía entre padres e hijos, cuando en estos últimos eran concebidos durante el matrimonio, podían nacer y ser reconocidos como hijos legítimos después de disuelto el vínculo matrimonial, siempre que hubieran sido concebidos mientras existió la unión matrimonial<sup>108</sup>”.*

El vínculo que se crea como resultado de una relación directa sanguínea o derivada de la celebración de un acto jurídico es la filiación que en términos generales se entiende como ese vínculo que los une y que tiene reconocimiento jurídico. Dentro de este concepto se derivan diferentes formas de filiación la primera es la legítima, que se entiende como la que surge entre los padres y los hijos en los que éstos últimos hayan surgido dentro del matrimonio.

*“ b) Filiación natural era aquella que se establecía entre los padres e hijos cuando los últimos nacían fuera del matrimonio. En este caso, la filiación se establecía respecto de la madre automáticamente, más no así por lo que hacía el padre, puesto que en su caso la filiación sólo existía cuando se diera un reconocimiento voluntario o se declarara judicialmente. Esta clase de filiación tendía a establecer un grado menor de derechos y obligaciones entre padres e hijos, lo que ocasionaba el que se reconociera una práctica que creaba y establecía un estado de inferioridad respecto a los hijos legítimos<sup>109</sup>”.*

En referencia a este tipo de filiación se maneja en que se daba esta figura cuando los hijos eran nacidos fuera del matrimonio y el padre los reconocía, existiendo

---

<sup>108</sup> <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/12.pdf> Consulta: 17 de febrero de 2016.

<sup>109</sup> Idem, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/12.pdf> Consulta: 17 de febrero de 2016.

dos tipos de reconocimiento el voluntario o judicialmente, en el caso de la madre no se suscitaba esta figura dado que éste era automático por el hecho de darlos a luz. Socialmente este tipo de reconocimiento creaba una discriminación al hijo que era reconocido, dado que se les daba un estado de inferioridad respecto de los hijos nacidos en matrimonio.

*“c) Filiación legitimada es la que se explica en los casos de los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio, nacen durante el mismo o los padres los reconocen antes de contraer nupcias, durante las mismas o después de ellas. Ésa tenía por efecto lograr que los hijos nacidos fuera del matrimonio logaran obtener el estado de hijo legítimo<sup>110</sup>”.*

Y en este último sentido, la filiación legitimada especificaba que nacía el vínculo entre padre e hijo cuando hubiese nacido antes de contraer nupcias y éste lo hubiere reconocido o habido nacido después de haber contraído éstas o durante las mismas, con el propósito de darles el estado de hijo legítimo sin que sufriera un efecto de inferioridad por haber nacido antes de que los padres contrajeran nupcias o después de haberlas celebrado.

El Código Civil del Estado de México contempla la filiación y a los diferentes tipos de hijos de la siguiente forma:

*“Artículo 4.147.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte”.*

Nuestro ordenamiento legal en materia civil ordena que se presumen hijos legítimos salvo prueba en contrario aquéllos nacidos después de ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio; que si lo comparamos con las conceptualizaciones teóricas diríamos que se trataría de una filiación legítima con anteriormente se menciona en qué consiste ésta, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al rompimiento del vínculo matrimonial o a la muerte de la muerte del padre, que estaríamos hablando de la filiación natural.

*“Artículo 4.155.- La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres”.*

El artículo que antecede nos habla de la forma en que se prueba la filiación natural de los hijos ante el Estado, por lo que podemos añadir que presupone que la filiación se da entre el padre y el hijo al existir independientemente del vínculo sanguíneo, la existencia de la celebración de un acto legal que tiene como resultado un reconocimiento otorgado en un documento reconocido por el Estado

---

<sup>110</sup>Idem, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/12.pdf> Consulta: 17 de febrero de 2016.

que se traduce como el acta de nacimiento en la cual vienen los datos del menor y de los padres y con la cual acredita su filiación con el padre, independientemente de los otros datos que vienen en ésta, por lo cual, para registrar a un hijo, el Estado mediante sus representantes, que en este caso son los Oficiales del Registro Civil, pide como requisito el acta de matrimonio de los padres para el registro del menor.

*“Artículo 4.162.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, se establece por el reconocimiento o por una sentencia que declare la paternidad. Legitimación para reconocimiento de hijo.”*

En el supuesto de que un hijo naciera fuera del matrimonio, la ley ordena que para ser reconocido el hijo el padre debe hacerlo por voluntad propia ante la autoridad competente o bien por una sentencia ordenada por el Juez en la que se declara la paternidad, en tanto que respecto de la madre se da la filiación automáticamente por el solo hecho del nacimiento del hijo.

*“Artículo 4.184.- Entre el adoptante y el adoptado habrá los mismos derechos y obligaciones que entre padres e hijos”.*

El último supuesto que toma en cuenta la ley es la filiación entre el adoptante y el adoptado en el cual se da al celebrarse el acto de la adopción ante la autoridad respectiva y que al ser el adoptado se atribuyen a él los mismos derechos y obligaciones que se da entre padres e hijos sin exclusión alguna.

### **3.3 Matrimonio**

El matrimonio es la Institución jurídica fundamental de la sociedad, de ella conlleva la creación de la familia. La palabra matrimonio proviene del latín *matrimonium*, que significa carga, gravamen y cuidado de la madre, esta institución nace en Roma, la cual fue reconocida por el derecho, otorgándosele de esta forma efectos jurídicos.

Se aborda de manera específica y concreta la definición de esta institución, partiendo desde su origen, desarrollando las definiciones que los diversos autores manejan respecto a esta institución por lo que empezaremos a narrar desde sus inicios en el siguiente párrafo.

*“En Roma el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos. De tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como un estado de vida de la pareja, al que el Estado le otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio, sino que sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de un varón y una mujer. En nuestro derecho, el matrimonio es un acto solemne, y únicamente se le reconocen efectos jurídicos al matrimonio civil celebrado conforme a las disposiciones de la ley*



*ante el representante del Estado (juez del Registro Civil), así como al concubinato o unión de hecho<sup>111</sup>”.*

En base a la cita anterior, se entiende que el matrimonio desde sus inicios en la historia del derecho surgió por la necesidad de la sociedad en formalizar la unión de dos personas que tenían como propósito el hacer vida en común y formar una familia, y que para que fuera llamado matrimonio se derivaba de la convivencia en pareja, para lo que posteriormente se empezaron a celebrar ceremonias para que las parejas que decidieran unirse en matrimonio quedaran registradas y se quedó entablado como válido ante el Estado los matrimonios que fueran celebrados ante funcionarios del estado civil, que es como hoy en día se sigue celebrando el matrimonio.

*“El matrimonio es el acto jurídico completo estatal, cuyo objeto es la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer para constituir una familia<sup>112</sup>”.*

En este orden de ideas, cabe señalar que la evolución de esta institución ha sido muy importante, ya que la sociedad en su agrupamiento y búsqueda de renovarse se ha visto en la necesidad de ir creando nuevas instituciones y que el Estado las reconozca para que puedan ser beneficiarios de derechos y acreedores de obligaciones.

Es por ello que el celebrar una unión ante el registro civil da como resultado el matrimonio y la unión simple de dos personas sin cumplir con ciertos requisitos que marca la ley es tomado como concubinato, que para no dejar desprotegidos a estos últimos el Estado les provee los mismos derechos y obligaciones hoy en día.

El Código Civil del Estado de México contempla la Institución del Matrimonio en el siguiente sentido:

“Artículo 4.1 Bis.- El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia”.

Nuestra normatividad legal en el Estado nos define al matrimonio como una institución de carácter público e interés social, que se basa en la unión de un hombre y una mujer con el propósito de realizar comunidad de vida, con respeto entre ambos, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos. Esta conclusión se da en base a lo que la Ley establece para el Estado de México, ya que hoy en día y a las nuevas formas de agrupamiento que se han ido formando, en la Ciudad de México también existe el matrimonio entre personas del mismo

---

<sup>111</sup> **Baqueiro**, Edgar, Op. Cit. p.47.

<sup>112</sup> **Ibíd.**

sexo, pero para el caso que nos ocupa en el presente trabajo de tesis, se toma en cuenta el matrimonio que legisla la Ley en el Estado de México.

*“Artículo 4.2.- El matrimonio debe celebrarse, con las solemnidades siguientes:*

*I. Ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil; II. Con la presencia de los contrayentes, en el lugar, día y hora, designados; III. Derogado; IV. La lectura del acta.*

*V. Derogado; VI. En caso de no existir impedimento, se hará saber a los contrayentes los derechos y obligaciones del matrimonio y preguntará a cada uno de ellos si es su voluntad unirse en matrimonio, estando conformes, los declarará unidos en nombre de la Ley y la sociedad, firmando el acta correspondiente...”.*

El Código Civil del Estado de México dicta que los requisitos con los que debe contar el matrimonio para que se celebre y sea legal deben de ser; el celebrarse ante un Oficial del Registro Civil con los contrayentes presentes en el día y hora designados, la lectura del acta ante los contrayentes y si no existen impedimentos para que se lleve a cabo la unión se les hará saber sus derechos y obligaciones a la pareja.

*“Artículo 4.7.- Son impedimentos para contraer matrimonio:*

*I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;*

*II. La falta de consentimiento de quienes legalmente deben otorgarlo;*

*III. El parentesco por consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y el del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa;*

*IV. El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna;*

*V. Derogado*

*VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre;*

*VII. La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio;*

*VIII. La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia; IX. La impotencia incurable para la cópula o la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando por escrito sean aceptadas por el otro contrayente.*

*X. Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez;*

*XI. El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes”.*

La ley estipula que los impedimentos para contraer nupcias es la falta de edad en alguno o ambos contrayentes, la falta de consentimientos de quienes legalmente deben otorgarlo si es que se trata de menores de edad, el que sean parientes por consanguinidad en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta el tercer grado, la violencia para obtener el consentimiento para casarse, la embriaguez, el uso de drogas o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia, la

bisexualidad, enfermedades crónicas e incurables, trastornos mentales o el que uno de los contrayentes haya contraído nupcias anteriormente y no haya disuelto el vínculo.

### 3.4. Divorcio

Una vez abordado la Institución del matrimonio, toca el turno del divorcio, como lo indica el subtítulo del presente apartado, en materia del divorcio tomaremos como fuentes de investigación las medidas que aplica el Código Civil del Estado de México en torno a este tema y las definiciones que externan algunos tratadistas jurídicos.

La palabra divorcio proviene del latín *divortium* que significa “irse cada uno por su lado”, por lo que en un principio el significado de la palabra ya connota la separación de dos personas y si se aplica en materia familiar, se entendería como la desunión de dos personas que contrajeron nupcias en el pasado y que en su presente deciden disolver el vínculo que los une.

*“El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial válidamente contraído durante la vida de los consortes<sup>113</sup>”.*

Como se explicaba en el párrafo que antecede, el divorcio disuelve el vínculo de unión que contraen en el matrimonio y que durante determinado tiempo compartieron vida en común, es decir, los cónyuges deciden disolver su unión matrimonial jurídicamente reconocida.

Al respecto se pronuncia lo siguiente:

*“La mayoría de los códigos civiles y doctrina definen al divorcio por sus efectos y refieren que, el divorcio es la extinción o ruptura de la relación conyugal, dictada por la autoridad judicial competente, a solicitud de uno o ambos cónyuges, y deja a los divorciados con aptitud de contraer un nuevo matrimonio.*

*Antes de Cristo: Desde el siglo II antes de Cristo, el hombre podía divorciarse repudiando a su concubina o a su esposa principal, pero la ley le imponía la obligación de indemnizar a la repudiada; de regresar la dote que hubiere recibido al contraer matrimonio; a proporcionar recursos económicos para el sostenimiento de los hijos y de la propia repudiada, ésta podía volver a unirse con otro hombre, y, por supuesto, en un principio el repudio (divorcio) sólo lo podía ejercer el hombre; además, si el marido no quería repudiarla, podía tomar en matrimonio a otra mujer, y a la primera la podía tener como esclava en su casa (leyes 137 a 141 del Código de Hammurabi).*

*En la codificación moderna, en Francia con Revolución Francesa (1789) y la expedición de la Constitución de 1891 apareció la ley que consideró al matrimonio como un contrato y permitió el divorcio vincular no sólo por el mutuo consentimiento, sino por “la incompatibilidad de humor” alegada por uno de los cónyuges, esto trajo como consecuencia que en el Código Napoleón se*

---

<sup>113</sup> **RICO** y otros, Op. Cit., p.27.

*excluyera esta última causa y sólo se aceptara el divorcio por mutuo consentimiento y por causas graves probadas<sup>114</sup>”.*

Concuerdo con el autor en torno a que la institución del divorcio es la forma en la que los cónyuges disuelven por voluntad ya sea mutua o individual el vínculo por el que fueron unidos ante el Estado ya sea por causas que genere alguno de los cónyuges o por la terminación del afecto que en un principio los incito a unir sus vidas y que ambos después de quedar divorciados quedan con aptitud de contraer nuevas nupcias.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así define lo que es el divorcio y dice que *“... es sólo el reconocimiento estatal de una situación de hecho respecto de la desvinculación de los cónyuges, cuya voluntad de no permanecer unidos legalmente debe respetarse.”<sup>115</sup>*

Aunque en la actualidad esta institución sea más perseguida que la institución del matrimonio, reconozco y concuerdo con el autor en que no se puede sostener un vínculo con una persona si ya no existe la voluntad y el amor entre ambos y que de seguir unidos sería una unión sin motivo o razón para cuidar y proteger, por lo que los menores si en su caso existieren dentro del matrimonio se verían afectados principalmente al crecer en un entorno en donde no existe amor, respeto, apoyo y éstos manifestarían ante la sociedad el reflejo de lo que viven en su hogar, produciendo un estanco en la evolución de la sociedad y problemas en vez de dar ciudadanos con visión y motivados por el amor.

*En cuanto al Código Civil del Estado de México, respecto de esta institución maneja lo siguiente:*

*“Artículo 4.88.- El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.*

El Divorcio es una institución que su principal función es disolver el vínculo que les otorga el estado a los cónyuges para tener una vida en común, procrear una familia y compartir los bienes que lleguen a obtener de manera conjunta o separada de igual manera en el caso que los contrayentes al momento de casarse decidan tener el régimen que mejor les convenga a sus intereses.

*“Artículo 4.89.- El divorcio se clasifica en incausado y voluntario. Es incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo”.*

---

<sup>114</sup> **TAPIA**, Javier, Op. Cit. p.116-118.

<sup>115</sup> <http://www.jornada.unam.mx/2011/03/10/capital/041n2cap> , última consulta 15/08/2016.

En este sentido, el Código Civil prevé que cuando cualquiera de los cónyuges solicita la disolución del vínculo matrimonial que los une ante el Juez no es necesario que dé una razón por la cual lo esté solicitando, sino que sólo bastará con la voluntad que tenga para llevarlo a cabo y es lo que se define como divorcio incausado.

*“Artículo 4.102.- Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al Juez competente, presentando un convenio en que se fijen los siguientes puntos:*

*I. El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;*  
*II. La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;*  
*III. Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia; Siempre velarán por lograr un ambiente sano acorde a las necesidades del menor evitando en todo momento generar sentimientos negativos, como odio, desprecio, rencor o rechazo hacia uno de los progenitores, de lo contrario serán sujetos a la suspensión o pérdida de la guarda y custodia; IV. La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio; V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio”.*

El divorcio voluntario se define como la terminación del matrimonio cuando ambos cónyuges se ponen de acuerdo en la disolución de éste y se decreta por una resolución judicial en la cual se determinan los derechos y las obligaciones si es que existen hijos en los términos que la ley prevé para cada uno de los padres.

*“Artículo 4.105.- Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había, deberán ocurrir personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio o donde fue celebrado el matrimonio, siempre y cuando se encuentre inscrito en el territorio estatal”.*

El Divorcio Administrativo se acciona cuando ambos cónyuges acuerdan en tramitar el divorcio siempre y cuando ambos se encuentren bajo los siguientes supuestos: sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela, liquiden la sociedad conyugal si es que hubiera, y deben acudir ambos ante el Oficial del Registro Civil del lugar en donde fue celebrada su unión, siempre y cuando haya sido celebrado éste dentro del Estado de México.

### **3.5. Kidnapping**

El kidnapping en materia del presente trabajo, es una figura que apareció en el ámbito internacional como consecuencia de las acciones que aplicaban aquellos cónyuges que sustraían al menor de su domicilio y se los llevaban a otros países o en algunos casos, ya radicado el divorcio y establecido la patria potestad alguno de los padres, éstos se llevaban al menor a vivir a un país diferente sin dar aviso

tanto a la autoridad como al padre o madre que no tenía la patria potestad, por lo que los organismos internacionales se vieron en la necesidad de regular estas actividades ilícitas para protección del menor.

Pero para dar mayor abundamiento al tema y una mejor explicación, citaremos algunos tratados internacionales y algunas investigaciones doctrinarias realizadas por diversos tratadistas del derecho.

“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:

UNA VISIÓN GENERAL

I. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CONCEPTO, ETIOLOGÍA Y REGULACIÓN LEGAL

1. La «sustracción o secuestro internacional de menores» es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales.”

El kidnapping es una figura internacional que se define como un fenómeno ocasionado cuando una persona se lleva a un menor de un lugar a otro en este caso de un país a otro, de forma ilegal y que trae como consecuencia de esta acción sanciones.

*“El «caso tipo» de legal kidnapping. El «caso tipo» de «secuestro internacional de menores» es el siguiente: el progenitor al que, tras un divorcio, se ha atribuido el «derecho de visita», aprovechando un período de tal derecho de visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para «legalizar» el secuestro, razón por la que este fenómeno se denomina también «legal kidnapping» o secuestro «legal» de menores<sup>116</sup>”.*

Desde esta perspectiva, dan una forma más específica del kidnapping en relación a los hijos, de forma que, se entiende que cuando uno de los cónyuges el que no posee la custodia del menor visita a éste y se lo lleva a otro país e intenta en ese lugar legalizar la custodia del menor para sí, por lo que se presume de un secuestro del menor ya que sin tener las facultades para sacarlo fuera lo hace y con la intención de ganar la custodia en otro lugar.

*“• Caso 1. Una mujer española emigró a Alemania por motivos laborales. Allí contrajo matrimonio con un emigrante griego. La pareja tuvo dos hijos. Años después se dictó sentencia de divorcio por un tribunal alemán, que otorgó la guarda y custodia al padre, —que quedó a vivir en Alemania—, mientras que la madre regresó a España. En una de las visitas de la madre a sus hijos en Alemania, esta sustrajo al hijo menor y lo trasladó con ella a Palencia. La madre pretendía obtener, ante los jueces de Palencia, la guarda y custodia del menor sustraído, para «legalizar» en España el secuestro internacional del menor (Auto AP Palencia 1 julio 1997)”.*

En este caso, la madre realizó la sustracción del hijo menor tomando como pretexto la visita de convivencia a la cual tiene derecho con sus hijos, al realizar este acto que a nivel internacional se conoce como el kidnapping, está violentando

---

<sup>116</sup> <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf> , consulta 07/04/16

principalmente los derechos del menor, ya que esté es cambiando de país, costumbres, lengua y su libertad se ve delimitada a convivir únicamente con uno solo de sus padres, pero la madre actúa con el objetivo de obtener la guarda y custodia del menor en otro país a sabiendas de que en un tribunal alemán se le ha conferido al padre y de esta forma también se ven perjudicados los derechos del padre que es el que sustenta la guarda y custodia de los hijos.

*“• Caso 2. Una madre española tenía atribuida la custodia del hijo habido con un alemán convertido al islamismo. Aprovechando un permiso de visita al niño, el padre lo secuestró y lo trasladó al Yemen, país en el que intentó conseguir la custodia del menor. Pero no lo consiguió, porque la madre, personada en Yemen, consiguió de los tribunales de dicho país la entrega del menor (caso Eneko)”.*

En este ejemplo, la madre es quien ostenta la guarda y custodia del menor y el padre es quien ahora se aprovecha del permiso que tiene para ver al menor para llevarlo a otro país y en donde intentó de igual forma que en el ejemplo anterior, conseguir la guarda y custodia del hijo, pero la madre accionó su derecho en el Yemen, país a donde el padre llevó al menor, y consiguió que los tribunales de este país le entregaran al menor.

*“2. El legal kidnapping es un fenómeno muy complicado que se origina debido a un abanico de causas de distinto carácter:*

*1º) Quiebra de un matrimonio mixto.*

*2º) «Nacionalismo judicial».*

*3º) El controvertido «derecho de visita». 4º) Las madres secuestradoras y los padres maltratadores.*

*5º) El paso rápido por las fronteras.*

*6º) El transcurso de los años”.*

En el divorcio, uno de los progenitores no tiene atribuida la custodia del menor pero sí dispone del derecho de visita, suele utilizar con frecuencia los períodos de visita al menor para atraer hacia sí al hijo y lograr una convivencia y una relación estrecha con éste ya que no convive con él a diario. La mayoría de los padres que se llevan a los hijos cuando no tienen la custodia son los sujetos que no ostentaban la ésta. Las madres que tienen atribuida la custodia huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita, en algunos casos. En cuanto al Nacionalismo Judicial, existen transportes internacionales veloces, pasaporte familiar en el que aún figura el menor y simple documento de identificación personal, permiten al padre o madre que sustractor del menor trasladar a éste, fácilmente, lejos del país de su residencia habitual. En los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y distinta cultura son frecuentes las separaciones y los divorcios. Los tribunales de un País suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho lugar. Mientras se eternizan los procedimientos legales, el menor crece y se integra rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su

país de origen le puede comportar más perjuicios que beneficios, en la mayoría de los casos.

Existen convenios a nivel internacional que ya prevén estos casos de kidnapping y los sujetan dentro del siguiente margen:

#### *“II. CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 MAYO DE 1980*

*4. Este Convenio lucha contra el legal kidnapping a través del tradicional mecanismo del exequatur. Funciona del siguiente modo: cuando, mediante el traslado del menor a otro país, se ha infringido una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, tales personas pueden instar en el país donde se encuentra ahora el menor, el exequatur de la sentencia que establece el régimen de custodia o visita del menor. Logrado el exequatur de dicha decisión, esta se ejecuta en el país donde se halla el menor, de modo que se puede ordenar el retorno del mismo al país desde donde fue ilícitamente trasladado. Convenio;...3º) El menor debe haber sido trasladado desde un Estado parte en el Convenio hasta otro Estado parte también en el Convenio.*

*7. El Convenio responde a los siguientes principios fundamentales.*

*a) Las Autoridades Centrales. Los Estados designan unas Autoridades Centrales (art. 2). El interesado puede dirigirse a la Autoridad Central de cualquier Estado parte, que esta promueva el reconocimiento de la resolución, localice el paradero del menor, asegure la entrega del menor al demandante, etc. La Autoridad Central española es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia”.*

El convenio de Luxemburgo como se lee en el párrafo anterior se puede apreciar que dentro de éste se encuentra estipulado que el kidnapping ocurre en dos supuestos; el primero cuando se trata que aquel padre que no posee la guarda y custodia del menor y se aprovecha del derecho de visita que tiene para llevarse al menor y el otro supuesto se trata de cuando el padre que tiene la guarda y custodia del menor se aprovecha de este derecho para llevarse al menor a otro país y de este modo privar de las visitas de convivencia a las que tiene derecho el padre que no sustenta la guarda y custodia. El convenio menciona que sólo se podrá hacer valer en aquellos países que formen parte de éste y que los accionantes sólo podrán acudir a los tribunales a accionar su derecho en aquellos lugares donde se aplique este convenio.

#### *“III. CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE DE 1980*

*8. Este Convenio fue elaborado por la Conferencia de La Haya de DIPr. Su rasgo principal es que no se trata de un «Convenio clásico de DIPr.», sino de un «Convenio de carácter fáctico» (J. KROPHOLLER, L. CHATIN). Y ello por las siguientes razones.*



*...1º) Se ordena el retorno del menor «a un concreto país», que suele ser el país de su residencia habitual, y no el retorno «a una persona concreta». El tribunal puede ordenar, por ejemplo, un retorno «de incógnito» del menor acompañado por su progenitor secuestrador, para que se evite todo contacto con el otro progenitor.2º) Cualquier «persona, Institución u Organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia», puede ejercitar la acción de restitución del menor. 3º) El Convenio recoge una «primera regla»: el retorno inmediato del menor, normalmente, al país de su previa residencia habitual. El retorno del menor a su país de residencia habitual debe operar como «regla básica» porque así se evitan rupturas bruscas del menor con su «ambiente», porque así se desincentivan los secuestros de menores y porque, generalmente, el país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la «responsabilidad parental del menor»».*

Este convenio da un giro interesante, ya que pone como prioridad el regresar al menor a su lugar de origen y no al padre que ostentaba la custodia, ya que como bien se indica, busca que el menor no tenga un desequilibrio en su vida al haber sido cambiado de lugar de residencia y de tener un entorno diferente al que éste está acostumbrado, y ya que el menor este restituido al lugar donde vivía antes de su sustracción, los tribunales de dicho lugar serán los competentes para abordar la guarda y custodia del menor y la responsabilidad de cada uno de los padres.

*“4º) El Convenio acoge también una «segunda regla»: la posibilidad de «no ordenar el retorno del menor» porque ello podría perjudicar el «interés del menor». Esta regla sí toma en consideración los «datos de caso concreto». Esta segunda regla es excepcional y debe interpretarse restrictivamente.*

*...Sin embargo, existen ciertas causas que permiten a la autoridad del país donde se encuentra el menor, «no ordenar la restitución del menor». El art. 13 recoge un proceso en dos etapas. Primera etapa: hay que acreditar si concurren o no las causas que permiten no ordenar la restitución del menor. Segunda etapa: acreditadas tales causas, el tribunal puede no ordenar la restitución del menor, pero no está obligado a denegar la restitución del menor: el tribunal dispone de «discrecionalidad» al respecto. Dicha discrecionalidad permite al tribunal valorar elementos como el posible resultado de un futuro proceso sobre la «responsabilidad parental del menor», el efecto emocional sobre el menor de una posible orden de retorno del mismo a su previo país de residencia habitual”.*

A diferencia del convenio de Luxemburgo, el convenio de la Haya, se enfoca más en la restitución del menor al lugar donde residía antes de sus sustracción que a la restitución con el padre que tiene su guarda y custodia, es por esto, que también contempla dentro de sus artículos, la posibilidad de no recurrir a dicha restitución a su lugar de residencia anterior cuando se compruebe que esto sería en perjuicio del menor y que el lugar en donde ahora se encuentra es mejor para éste. Estas valoraciones y en su momento comprobaciones si es que tienen este alcance, se toman en cuenta para el juicio que se lleva a cabo posteriormente sobre la responsabilidad parental del menor, como lo enuncia el convenio respectivo.

*“3º) Las causas de denegación de la restitución del menor son las siguientes:*

*(a) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor; (b) Menor que se opone a su restitución; (c) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); (d) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13 b)”.*

Un caso específico es frecuente: cuando corresponde la custodia del menor a ambos progenitores, uno de ellos accede al traslado del menor al extranjero pero durante un tiempo limitado. Pero pasado dicho tiempo, el otro progenitor olvida su promesa y no restituye al menor. En este caso, existe, sin duda alguna, la retención ilícita, infracción del derecho de custodia, una acción que da como resultado un kidnapping y es donde surge la obligación de restituir al menor según el Convenio de La Haya, esto respecto al primer inciso; ahora bien, contempla la voluntad del menor a ser restituido al lugar donde habitaba anteriormente al kidnapping, o sea, el menor tiene derecho o la facultad de decidir si es su voluntad o no regresar a su lugar de origen anterior o si prefiere quedarse en donde ahora se encuentra, en este caso, se toma en cuenta que el menor tenga una edad suficiente para decidir por sí mismo sin coerción por alguno de los padres y que tenga una madurez mental adecuada para poder tomar dicha decisión y por último, se contempla que puede ser considerado como un factor negativo el hecho de que el lugar en donde anteriormente radicaba el hijo, vulnera derechos humanos y las libertades fundamentales que son contempladas en el convenio citado anteriormente y que por consecuencia sea un factor para determinar la negación de la restitución del menor a su domicilio anterior.

*“16. Causa de denegación 4: grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable. Se puede denegar la restitución del menor cuando se acredita la existencia de un «grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable» (art. 13.b)”.*

El convenio contempla como otra causa de negativa para la restitución del menor a su residencia anterior el grave riesgo que éste pudiera sufrir al llevarse a cabo dicha restitución, pero para ello se tiene que comprobar a la autoridad competente que el menor podría verse inmiscuido en un daño físico, psicológico o alguna situación que vulnere su estabilidad física y mental y que su vida se pusiera en peligro. Al comprobarse la tentativa de algún riesgo que pudiera sufrir el menor, sería una causa suficiente para denegar la restitución a su lugar de origen.

*“En la sentencia elaborada por el ministro Arturo Zaldívar, la Primera Sala explicó que se incurre en el delito de sustracción de menores si un padre de familia se lleva a sus hijos sin la autorización del cónyuge que tiene la patria potestad o la guarda y custodia de los menores”<sup>117</sup>.*

La suprema Corte de Justicia, contempla que la sustracción del menor contempla también a los padres, cuando alguno de éstos se lleva a sus hijos sin tener la autorización por parte del cónyuge que ostenta la patria potestad o la guarda y custodia de éstos; o bien, de una autorización emitida por la autoridad legal competente, en la cual se le faculte o se le conceda llevarse al menor.

En cuanto a la sustracción del menor a nivel internacional el Código de Procedimientos Civiles contempla lo siguiente:

*“Artículo 2.363. Podrán promover este procedimiento quienes ejerzan la patria potestad o la persona o institución que tenga designada la guarda y custodia del menor. Las actuaciones se practicarán con intervención del ministerio público, quien en todo momento velará y resguardará los intereses del menor y de las personas o instituciones con los derechos ya mencionados”.*

El dispositivo legal anteriormente citado, tiene un capítulo especial en el cual especifica que en caso de que el menor fuera sustraído ilegalmente a un lugar fuera del país se podrá accionar un procedimiento para restituir al menor con el padre o la institución que tenga la patria potestad y la guarda y custodia de éste, apoyándose en los tratados internacionales que tengan celebrados con el país en cuestión y que se velará por la seguridad e integridad del menor principalmente.

“Época: Décima Época  
Registro: 2012024  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Tipo de Tesis: Aislada  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Publicación: viernes 01 de julio de 2016 10:05 h  
Materia(s): (Constitucional, Civil)  
Tesis: XXII.1o.7 C (10a.)

DERECHO DE VISITA. ATENTO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, LA CONVIVENCIA ENTRE PADRES QUE VIVAN EN EL EXTRANJERO Y LOS MENORES, DEBE EFECTUARSE EN LA CIUDAD DONDE ÉSTOS RESIDAN, SIN LA POSIBILIDAD DE QUE PUEDA SER EN UNA DIVERSA, AUN CUANDO SEA POR TIEMPO LIMITADO, YA QUE PODRÍA IR EN DETRIMENTO DEL ADECUADO DESARROLLO PSICOLÓGICO O EMOCIONAL DE LOS MENORES (APLICACIÓN, EN LO CONDUCENTE, DE LA CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES).

---

<sup>117</sup> <http://noticieros.televisa.com/mexico/1309/padres-sustraen-ilegalmente-sus-hijos-iran-prision-scn/> , última consulta 15/08/2016.

Los artículos 5, 7, 13 y 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores disponen, en lo conducente, que: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor de edad y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual; mientras que el diverso 7, inciso f), prevé que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover, a su vez, la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores de edad, y que deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan, incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita. En tanto que, el numeral 13, inciso b), establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor de edad lo expone a un peligro físico o psíquico o de cualquier índole que ponga al menor en una situación intolerable. Mientras que el artículo 21 determina que la solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor; que las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el referido artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho; adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho; y, que las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto su ejercicio. Ahora bien, del examen sistemático de los preceptos en cita, se deduce que el derecho de visita se instrumentará igual que la restitución de menores, y que aquél comprende la posibilidad de llevar al menor, por un periodo limitado, a distinto lugar de aquel en que tiene su residencia habitual. También se obtiene que el derecho de visita no opera ipso facto, sino que depende de que, con tal medida, no se ponga en peligro físico o psíquico al menor o en una situación intolerable. De lo anterior deriva que, atento al interés superior del menor, la convivencia entre los padres que viven en el extranjero y los menores, debe efectuarse, exclusivamente, en la ciudad donde residan estos últimos, sin la posibilidad de que pueda ser un diverso lugar de su residencia, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores, en tanto que podría estar en contacto con personas con las que no quisiera interactuar, y se le privaría del contacto físico de con quien ejerce su custodia. En esta lógica, sirve de apoyo la tesis 1a. CXCV/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación el viernes 5 de junio de 2015 a las 9:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Tomo I, junio de 2015, página 591, de título y subtítulo: "INTERÉS SUPERIOR DEL

MENOR. AL PONDERAR SUS DERECHOS DE CONVIVENCIA CON LOS DEL PROGENITOR CUSTODIO A DECIDIR EL LUGAR DE RESIDENCIA, EL JUZGADOR DEBE GESTIONAR LA POSIBILIDAD DE CONCILIAR LOS INTERESES EN CONFLICTO Y PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO DE AQUÉL."

Esta tesis se publicó el viernes 01 de julio de 2016 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación."

La jurisprudencia que antecede sirve como base para justificar y explicar a mayor abundamiento la propuesta tema del presente trabajo, ya que como se explica en ella, la autoridad ha tomado como principal objeto de protección al menor y toma en consideración que en caso de que fuera comprobado que la restitución del menor traería como consecuencia que el menor se encontrara en riesgo o expuesto a una situación intolerable con la persona que ostenta la guarda y custodia de éste, la autoridad responsable podrá negar dicha restitución, por lo que no sería operable la sanción al padre que sustrajo al menor sin consentimiento de quien ostentara su guarda y custodia, ya que éste habría realizado tal acción en pos de salvaguardar la vida y la integridad de su hijo y no de forma dolosa, por lo que al comprobar la causa de su actuar queda exonerado de pena alguna.

## CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA ACTUAL

**4.1. Problemática actual. 4.2. Propuesta. 4.3. Beneficios de la Propuesta.**  
**4.3.1. Beneficios Sociales. 4.3.2. Beneficios Jurídicos.**

### **4.1. Problemática actual.**

En la actualidad el Código Penal del Estado de México entabla que al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aún sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días. Esta problemática se basa en que hoy en día son más personas las que acuden al divorcio que a mantenerse unidos en matrimonio, por lo que al existir hijos que sean menores de edad, la autoridad competente debe designar al padre “más competente” para cuidar de éstos, por lo que en algunos casos, se da preferencia por la madre para guarda y custodia de éstos, aclarando que no es tema del presente trabajo la preferencia del padre a quien se le otorgue la guarda y custodia del menor, sino que existen casos en que quien ostenta esta responsabilidad sobre el hijo rehace su vida con otra pareja o empieza a tener un estilo de vida diferente al que tenía mientras se encontraba casada, por lo que se puede generar que el menor empiece a crecer en un ambiente diferente al que estaba acostumbrado y que en casos extremos llegan a sufrir daños por el nuevo estilo de vida que lleva el progenitor que ostenta su guarda y custodia, por lo que el otro progenitor puede en caso de ser necesario sustraer al menor de ese ambiente para protección del mismo, ya que en caso de grave riesgo el padre no podría acudir primero a la autoridad para que emitiera una resolución para poderse llevar al menor del domicilio donde vive usualmente, ya que en el transcurso del trámite legal correspondiente y de la respuesta a éste, el menor podría ya haber sufrido alguna lesión o trauma que vulnera su vida y su crecimiento físico y sociológico.

Citare un ejemplo para definir de mejor manera la problemática:

Luis se divorció de Sofía, con quien tuvo a Lucía, su hija de 5 años de edad, el Juez le cedió la guarda y custodia de Lucía a la madre (Sofía), al paso de dos años, Ana rehace su vida y empieza una relación con Rodrigo, con quien vive en concubinato, la relación se torna un poco violenta y dañina ya que Rodrigo consume grandes cantidades de alcohol semanalmente y ya entrados en

discusión con Sofía le ha llegado a golpear ante lo cual Lucía ha sido testigo de estas actitudes de riesgo para su vida y su salud psicológica ya que Sofía no hace nada por resolver ese problema y abandonar a Rodrigo, sino que ella también entra en el ambiente de volverse violenta y tomar, un día el padre de Lucía (Luis) va a dejar a la pequeña a, pues su tiempo de convivencia con la menor ha terminado, pero al llegar a la casa donde vive Lucía su hija, se percata que Sofía está en estado de ebriedad y se dispone a manejar intentando llevarse a la menor Lucía, no obstante de esta situación se percata de igual forma que la mamá de Lucía también lleva varios golpes en los brazos y en el rostro por lo que inmediatamente Luis se alarma y decide no dejarle a su hija, ya que se da cuenta que el dejar a la menor con su madre en esas circunstancias pondrían en riesgo inmediato y grave a su hija, por lo que salvaguardando la integridad física y psicológica de la menor, se la lleva a su casa, actuando de forma responsable y como cualquier otro padre en una circunstancia de riesgo en la que su hijo pudiera salir dañado reaccionaría, puesto que el actuar es en pos de cuidar y salvar su integridad del menor no actuar no dolo o engaño para perjudicar a la menor.

En términos del artículo 263 del Código Penal del Estado de México establece:

“Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad... respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aun sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días”.

Por lo que se llega a la conclusión de que necesita una modificación, ya que la ley no contempla el hecho de que muchas veces el menor se puede encontrar en grave riesgo por factores ajenos a él o ella, pudiendo ser uno de esos factores el que la madre o padre que tenga su custodia se encuentre con una pareja que no tenga un sano equilibrio mental o que tenga vicios como drogas o alcohol y que en presencia del menor las consuma y pueda llegar a una situación de violencia pudiendo ser él víctima de eso y que el padre o madre que no tiene su custodia tenga que actuar de manera rápida y llevarse al menor para salvaguardar su integridad y que el acudir a la autoridad para manifestar lo ocurrido sea una manera de perjudicar al menor teniéndolo que dejar en esa situación por la falta de previsión de la ley y que en el tiempo en que tarde la autoridad en resolver sea aún más riesgoso y perjudicial para el menor, es por ello que veo la necesidad de que se haga una modificación al artículo, adicionando una fracción en la que se manifieste que si el padre o madre que no ejerza la custodia justifica el haberse llevado al menor de manera rápida y sin avisar a la autoridad o en su caso de restringirle a la madre o padre que tenga la custodia el ver al menor por salvaguardar su seguridad y libertad del hijo, no sea castigado por la ley, pero que

si no logra justificar que la causa por la que dio motivo a que se llevara al menor fuera en bien de éste y por peligro que pudiera sufrir el menor, entonces sea un sujeto punible del delito por la comisión de sustracción de hijo.

#### **4.2. Propuesta.**

La no punibilidad del Delito de Sustracción de Hijo cuando el cónyuge que no ejerza la custodia del menor actúe en protección de la seguridad y libertad del menor, bien jurídico tutelado por el artículo 263 del Código Penal del Estado de México.

Por lo que se sugiere que el delito de sustracción de hijo debe señalar que con causa justificada el padre o madre que no ejerza la guarda y custodia del menor y se lo lleve no será castigado por la ley, ya que si el menor se encontrara en peligro o causas que puedan afectarlo, el padre o madre que no tenga la custodia, podrá llevárselo de ser necesario, ya que el menor puede estar en riesgo y si el padre acude primero a la autoridad, el tiempo en el que la autoridad decreta que está en riesgo con el padre o la madre que tenga la custodia, éste podría ya haber sufrido un riesgo grave, por el tiempo en que la autoridad haya tardado en resolver, ya que si bien la justicia debe ser pronta y expedita, en la mayoría de los casos se deben de pasar por muchas etapas para que esto ocurra, de tal manera que la integridad y bienestar del menor no se puede dejar pasar, ya que como padre o madre actúan por instinto de protección y si bien el padre o madre que no tenga la custodia lo ve en grave peligro puede llevárselo para salvar su integridad, para que posteriormente, cuando el niño se encuentre fuera de peligro el padre o madre que no tenga su custodia acuda a la autoridad responsable para dar conocimiento del motivo que lo orilló a actuar de esa manera y se realicen los procedimientos conducentes.

Actualmente el artículo 263 del Código Penal del Estado de México establece:

Artículo 263.- Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aun sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá por querella.



La propuesta es para quedar como sigue:

**Artículo 263.- Al padre o la madre que injustificadamente se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aun sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.**

**I.- No será punible el delito de sustracción de hijo, cuando en una situación de riesgo que vulnere la integridad física o psicológica del menor; y el padre o madre que no ostente la guarda y custodia, se vea en la necesidad de sustraer al menor para salvaguardar su integridad, libertad y bienestar, poniéndolo a salvo de sufrir cualquier daño que ponga en riesgo su vida o cualquier aspecto de ésta.**

**Este delito se perseguirá por querella**

### **4.3. Beneficios de la Propuesta.**

Se describirán en párrafos siguientes dos tipos de beneficios, sociales y jurídicos, puesto que a pesar de que ambos llevan de la mano el mismo fin, es necesario expresarlos y definirlos separadamente para mayor comprensión, en tanto que de forma general se puede concluir que está adición de una fracción al artículo 263 Código Penal del Estado de México, en la cual se estipule que en caso de justificar el sustraer al menor no ostentando la guarda y custodia de éste será exime de pena alguna, no sólo se vela la libertad del menor que es el bien jurídico tutelado por el artículo, sino por si integridad como persona y el derecho a llevar una vida lo más plena posible, creciendo en un entorno de tranquilidad, salud y bienestar mental y físico, por lo que únicamente la modificación a este artículo se hace en pro del menor y de su bienestar.

#### **4.3.1. Beneficios Sociales.**

Al adicionarse una fracción al artículo 263 Código Penal del Estado de México una fracción en la que se mencione que el padre o madre que no ejerza la custodia del menor no sea punible cuando actúe en protección de la seguridad y la libertad del menor, se velará por el bien mayor, por la seguridad del menor y por las buenas costumbres de la familia y la sociedad, ya que el bienestar del menor debe preponderarse al de los padres, puesto que éste es una persona que aún no tiene capacidad para decidir por sí mismo ni para cuidarse y cuando quedan al cuidado de su madre o padre tras el divorcio, algunas ocasiones pueden verse implicados en situaciones ajenas a ellos en donde pueden salir dañados por descuidos de quien ostenta su cuidado y si uno de los padres puede actuar en pro del bienestar de su hijo la ley no tiene porqué castigarlo, puesto que por naturaleza, los padres protegen a los hijos de cualquier daño que puedan ser objetos y la autoridad debe tomar en cuenta que el tiempo en el que se le llegara avisar y se promoviera para que el menor fuera quitado del progenitor que no supo cuidarlo adecuadamente, éste pudo ya haber sufrido un daño, además de que en casos de riesgo o situaciones graves, los padres al ver que sus hijos pueden salir dañados, actúan por instinto de sobrevivencia y no con dolo ni mala fe, por lo que los padres que no ostenten la guarda y custodia de su hijo y vean que éste se encuentra a punto de vivir una situación de riesgo físico o psicológico pueden llevárselo en ese momento, puesto que preponderan su vida y libertad, no el beneficio propio de quedárselo o llevárselo sin autorización de quien en ese momento ostente ésta.

#### **4.3.2. Beneficios Jurídicos.**

Lograr la certeza de la protección del bien Jurídico tutelado que es la seguridad y libertad del menor ante la comisión del delito de sustracción de hijo, es necesario adicionar al artículo 263 del Código Penal del Estado de México una fracción en la

que se mencione que el padre o madre que no ejerza la custodia del menor no sea punible cuando actúe en protección de la seguridad y la libertad del menor, obteniendo de esta forma una correcta protección del menor, ya que se estarán tomando en cuenta todos los cuadrantes en que se puede aplicar la ley y no dejar descuidado ni en estado de indefensión el bien jurídico que se pretende proteger con este artículo.

Tal y como lo enuncia el Código Penal del Estado de México en su Título Tercero Contra las Personas, el bien jurídico que protege es la libertad, seguridad y tranquilidad de las personas, por tanto, para dar certeza jurídica y verídica, la ley debe de tomar en cuenta todos los diferentes tipos de situaciones en los que se pueda dar este delito de sustracción de hijo y saber diferenciar, cuando es un delito y cuando no debe ser contemplado como tal, puesto que una persona que sustrae al hijo de quien ostenta su guarda y custodia; y lo hace con el fin de protegerlo, darle seguridad y tranquilidad no puede ser objeto de pena alguna, puesto que no está actuado con voluntad de hacer daño, ni al hijo ni a quien ostenta la guarda y custodia de éste, sino con toda la intención de salvaguardarlo y prevenirlo de sufrir cualquier peligro que pudiera dañarlo psicológicamente o físicamente y que como consecuencia el menor tuviera una mala calidad de vida a consecuencia de este trauma o lesión.

Por tanto si nuestra Ley Punitiva, contempla todas las hipótesis que pueda sufrir un hijo al ser sustraído y dentro de ellas se encuentra que la causa que originó su sustracción era para darle protección y un beneficio a éste, la Ley no debe castigar al padre o madre que lo haga, puesto que éste estaría velando por la libertad, seguridad y tranquilidad del menor, que es el bien jurídico que protege este artículo y que sería contradictorio que nuestra normatividad penal, castigara a quien auxilia a proteger el bien jurídico tutelado por sus normas, en vez de eximirlo, porque entonces el artículo 263 del Código Penal de nuestra Entidad, no estaría cumpliendo su función para el cuál fue creado, puesto que no se pretende eximir aquellos que actúan con mala fe y dolo, sino que el fin de este trabajo es demostrar que existen circunstancias en las que los padres pueden sustraer al menor del lugar donde viven porque ven que su vida corre riesgo y que si no actúan en ese momento el menor podría sufrir daños que en algunos casos podrían ser lesiones irreversibles o peor aún que tuviera como consecuencia que el menor perdiera la vida, pudiendo prevenir cualquiera de estos resultados si el padre hubiera actuado inmediatamente sin temor de que pudiera ser castigado por falta de prevención por la ley al no contemplar dentro de sus normas situaciones como éstas, en las cuales es justificable la sustracción del menor para beneficio de éste y no del propio sustractor.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El Derecho Penal es entendido como la rama del Derecho que estudia el fenómeno criminal, el delito, el delincuente y la pena.

**SEGUNDA.-** El Derecho Penal se ubica como rama del Derecho público, porque protege los bienes jurídicos de los ataques que los afectan y con ello lesionan la seguridad jurídica. Regula los delitos que ejercen los sujetos contra otros afectando su integridad y la vida misma.

**TERCERA.-** El delito es definido como una acción típica, antijurídica, imputable, culpable, sometida a una sanción penal. Supone una conducta infraccionada por parte del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En otras palabras, es una acción que va en contra de lo establecido por la ley y que es castigada por ella con una pena grave.

**CUARTA.-** Se identifica en general al sujeto pasivo como cualquier persona física o moral y en cuanto a su clasificación como lo cita el autor anterior dependerá del delito que se esté cometiendo, en este caso si fuera sustracción de hijo sería un sujeto pasivo personal, ya que el delito de sustracción recae en el menor que es separado de su padre o madre que ostenta su guarda y custodia sin previo aviso.

**QUINTA.-** Solamente una persona individual puede cometer delitos, aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen sólo en sus miembros integrantes. Sólo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena, por lo tanto si un sujeto participa ya sea en la comisión del delito, intelectualmente o auxiliando a la realización de éste se entenderá como un sujeto activo, el cual deberá responder ante la autoridad correspondiente por su actuar.

**SEXTA.-** El ofendido es, en Derecho penal, la víctima, el sujeto pasivo (persona física o jurídica) sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta típica del sujeto activo. Estrechamente vinculado al concepto de ofendido se halla el de perjudicado, que es aquél que sufre en su patrimonio los efectos de la acción delictiva, y ejercita la pretensión de reparación del daño causado.

**SÉPTIMA.-** la palabra sustracción se describe como una acción de separar algo o a alguien de aquello a lo que pertenece, sin permiso o sin voluntad del propietario

o de la persona que posee el derecho de tener al objeto o a la persona involucrada.

**OCTAVA.-** La Sustracción de Hijo, es la acción de retener, ocultar y separar al menor de aquella persona que posee su guardia y custodia.

**NOVENA.-** El bien jurídico tutelado que pretende proteger el artículo 263 del Código Penal del Estado de México es la libertad, seguridad y tranquilidad de las personas.

**DÉCIMA.-** La libertad, seguridad y tranquilidad que comprende el bien jurídico tutelado en este caso se trata del hijo menor de edad que se encuentra en custodia de alguno de sus ascendientes.

**DÉCIMA PRIMERA.-** Son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente infractor de la norma jurídica.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La familia de manera genérica se entiende como aquel grupo de personas formado por aquellos individuos que se unen, primordialmente, por relaciones de filiación o de pareja, tan es así, que desde que nacemos, la familia se constituye como el principal grupo de apoyo y de sostenimiento.

**DÉCIMA TERCERA.-** El matrimonio es la Institución jurídica fundamental de la sociedad, de ella conlleva la creación de la familia.

**DÉCIMA CUARTA.-** el divorcio disuelve el vínculo de unión que contraen en el matrimonio y que durante determinado tiempo compartieron vida en común, es decir, los cónyuges deciden disolver su unión matrimonial jurídicamente reconocida.

## FUENTES DE INFORMACIÓN:

### BIBLIOGRÁFICAS.

1. **AMUCHATEGUI** Requena, Griselda. *Derecho Penal*. Editorial: Oxford. Año: 2009.
2. **BAQUEIRO** Rojas, Edgar, **BUENROSTRO** Báez, Rosalía. *Derecho de Familia*. Editorial: Oxford. Año: 2009. Segunda edición.
3. **CASTELLANOS** Tena, Fernando, “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”, Editorial: Porrúa, México, 51ª edición.
4. **COLÍN** Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial: Porrúa. Año 2012. Segunda edición.
5. **CRUZ** y Cruz, Elba, “*Teoría de la Ley Penal y del delito*”, Editorial: IURE editores, México, 1ª edición, 2011.
6. **GARCÍA** Fernández, Dora. *Manual de Derecho Penal*. Editorial: Porrúa Año: 2005.
7. **GARCÍA** Máynez, Eduardo, “*Filosofía del Derecho*”, Editorial: Porrúa, México, edición 1998.
8. **JIMÉNEZ** de Azua, Luis, “*Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*”, Editorial: Sudamericana S.A., Buenos Aires, 3ª edición.
9. **MEZGER**, Edmund, “*Derecho Penal*”, Cárdenas editores, México, 1985.
10. **MONTERO** Duhalt, Sara, “*Derecho de la Familia*”, Editorial: Porrúa, México, 4ª edición, 1990.
11. **ORELLANA** Wiarco, Octavio Alberto, “*Curso de Derecho Penal*”, Editorial: Porrúa, México, 4ª edición, 2008.
12. **PAVÓN** Vasconcelos, Francisco, “*Manual de Derecho Penal Mexicano*”, Editorial: Porrúa, México, 8ª edición, 1987.
13. **RICO** Álvarez, Fausto y otros, “*Derecho de Familia*”. Editorial: Porrúa. Año: 2011. Primera edición.

- 14. ROMERO** Tequextle, Gregorio, “*Importancia del bien jurídico penal en la construcción de tipos penales*”, Editorial: Porrúa, México, 1ª edición, 2012.
- 15. SÁNCHEZ** Márquez, Ricardo, “*Derecho Civil*”, Editorial: Porrúa, México, 1998.
- 16. TAPIA** Ramírez, Javier. *Derecho de Familia*. Editorial: Porrúa. Año:2013. Primera edición.
- 17. VELA** Treviño, Sergio, “*Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del Delito*”, Editorial: Trillas, México, 1985.

#### LEGISLACIÓN.

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
2. CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.
3. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

#### POLIGRAFÍA.

1. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989.  
[http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)
2. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de los padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Instituto Internacional den Niño, Organización de Estados Americanos.  
[http://www.iin.oea.org/Reunion\\_Sustraccion\\_internacional/Informe\\_situacion\\_sustraccion\\_internacional\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf)
3. Tratado Multilateral, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos. <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-53.html>
4. Matus Calleros Eileen, Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores, [en línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009, Formato: html, disponible en:  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2723/pl2723.htm>

5. Sustracción internacional de menores, [en línea], México, Castillo & Castillo Abogados S C, sin fecha de publicación, sin fecha de última actualización, Formato pdf, disponible en:

[http://www.castilloabogados.com/assets/art\\_sustraccion\\_int\\_menores\\_castillo.pdf](http://www.castilloabogados.com/assets/art_sustraccion_int_menores_castillo.pdf)

6. Reporte de la Sustracción y restitución internacional de menores en México, disponible en:

[http://observatoriociudadanoveracruz.org/sites/default/files/archivos\\_articulos/Reporte%20de%20la%20sust.%20de%20menores%20en%20M%C3%83%C2%A9xico.pdf](http://observatoriociudadanoveracruz.org/sites/default/files/archivos_articulos/Reporte%20de%20la%20sust.%20de%20menores%20en%20M%C3%83%C2%A9xico.pdf)

7. Revista Sin embargo, en línea: <http://www.sinembargo.mx/24-05-2014/985852> , fecha de consulta: 01 de octubre de 2015.